

LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

Droit Privé
Droit Administratif
Droit Ouvrier

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 20 juin 1938, à 14 heures

PAR

Jean AUVERNY-BENNETOT

Président : M. CASSIN, Professeur.

<i>Suffragants</i>	{	MM. SCELLE, DOLLÉANS.	{	<i>Professeurs</i>
--------------------	---	--------------------------	---	--------------------

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1938



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

Droit Privé

Droit Administratif

Droit Ouvrier

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

Droit Privé
Droit Administratif
Droit Ouvrier

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 20 juin 1938, à 14 heures

PAR

Jean AUVERNY-BENNETOT

Président : M. CASSIN, Professeur.

Suffragants { MM. SCELLE,
DOLLÉANS. } *Professeurs*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1938



PREMIÈRE PARTIE

LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION ET LES PRINCIPES DU DROIT DES CONTRATS

CHAPITRE PREMIER

LE PROBLÈME

Aux termes de l'article 1134 du Code civil « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Les principes que l'on déduit de cette règle sont fondamentaux dans notre droit.

La convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique. Le droit ainsi créé a la même force que la loi, avec cette seule différence que la loi s'impose à tous tandis que la convention ne s'impose qu'aux parties contractantes. Dire que la convention s'impose aux parties contractantes, c'est dire que chaque partie doit être fidèle à son engagement : il est impossible qu'une partie prétende, à elle seule, se dégager de ses obligations ; seul le *mutuus dissensus* peut défaire l'œuvre du *mutuus consensus*.

Pas plus que la volonté d'une seule des parties, un événement quelconque, survenant après la signature du contrat, mais avant l'exécution en en modifiant les conditions, ne peut entraîner la révision des clauses. Seuls libèrent le débiteur les événements que l'article 1148 désigne sous le nom de cas fortuit et force majeure et qui ont pour résultat de rendre impossible l'exécution. En dehors de ces cas où il se heurte à une impossibilité, le débiteur doit exécuter ses obligations, si lourdes qu'elles puissent être devenues sous l'influence de modifications économiques et sociales. « Il est tenu d'y consacrer la totalité de ses ressources, de se ruiner s'il est nécessaire, pour respecter ses engagements »¹. C'est ce que requiert un système qui veut assurer avant tout la sécurité des affaires. Il faut que le créancier puisse compter d'une façon absolue sur la *res debita*.

Tels sont les principes qui découlent nécessairement de l'alinéa 1 de l'article 1134 et de l'article 1148. En les posant, les rédacteurs du Code civil s'étaient préoccupés avant tout du besoin d'ordre qu'ils éprouvaient après la Révolution. Ils venaient d'assister au bouleversement de toutes les relations juridiques, politiques, économiques et l'expérience qu'ils avaient si douloureusement acquise leur inspira, non le désir de chercher à assouplir les principes de droit pour qu'ils puissent se mouler sur la réalité, mais au contraire celui de les fixer de la façon la plus rigide. Ils n'ont délibérément pas voulu supposer que des périodes de crises comme celle qui venait de s'écouler puissent revenir : posant un régime de stabilité juridique, ils posaient en même temps *a priori* un régime de stabilité économique.

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 1930, « Les obligations » (M. Esmein), t. VI, N° 382, p. 532.

Ces principes qui ont régi, presque sans difficultés le XIX^e siècle ont été complètement remis en question depuis la guerre : c'est qu'ils ont reçu des faits un démenti formel ; l'instabilité économique a rendu l'exécution des contrats à long terme si lourde et si différente de ce que les parties pouvaient escompter lors du contrat, qu'une nouvelle théorie s'est développée pour laquelle le maintien du contrat tel qu'il a été conclu deviendrait contraire à l'équité.

Voici, par exemple, un marché à livrer : avant la livraison, la guerre intervient, le vendeur va-t-il invoquer les difficultés qu'il a à se procurer la marchandise pour se dégager du contrat ¹ ? Un concessionnaire de gaz dont les tarifs sont fixés par son contrat, voit le prix du charbon monter dans des proportions considérables entraînant avec lui le prix de revient du gaz, va-t-il obtenir une révision des tarifs ² ? Un industriel a engagé pour une durée déterminée un certain nombre d'ouvriers. Il voit sa clientèle diminuer du fait de la guerre : est-il libéré de ses engagements envers ses ouvriers ³ ? Une personne qui a loué un casino, un théâtre ou une villa dont la guerre l'a empêchée de tirer profit doit-elle continuer à payer le loyer ⁴ ?

Il faut remarquer que dans tous ces exemples pris au hasard dans la jurisprudence, l'exécution de l'obligation du débiteur n'était nullement impossible : le concessionnaire pouvait continuer à fournir du gaz, le patron à payer ses ouvriers. Mais pour l'un comme pour l'autre,

1. V. Paris, 21 décembre 1916, D., 17.2.33 (Note Capitant).

2. Arrêt du Gaz de Bordeaux, C. d'Etat, 30 mars 1916, S., 16.3.17 (Note Hauriou).

3. Civ. 4 août 1915, S., 1916.1.22. — *Contra* : Trib. Com. Toulouse, 1^{er} juin 1915, D., 16.2.112.

4. Trib. Seine, 7 juin et 7 décembre 1915, S., 1916.2.15.

la ruine pouvait être la conséquence de leur fidélité à leur engagement. Ce résultat fut jugé inique par beaucoup d'auteurs et un courant d'opinion se fit qui réclamait la révision des contrats ainsi bouleversés par la guerre. Ce courant d'opinion a pris corps dans une théorie nouvelle, la Théorie de l'Imprévision.

La théorie de l'imprévision a été créée par la jurisprudence prétorienne du Conseil d'Etat, qui, toujours soucieux d'équité et de réalisme, n'est point aussi strictement soumis aux principes du Code civil que le juge judiciaire. Elle a été formulée pour la première fois d'une façon vraiment nette par le célèbre arrêt du 30 mars 1916, l'Arrêt Gaz de Bordeaux¹. Le raisonnement du Conseil d'Etat est extrêmement simple. Les conditions d'application du contrat sont absolument bouleversées par la hausse considérable du prix du charbon. La possibilité de cette hausse n'était point lors du contrat entrée dans les prévisions des parties. La charge qu'elle fait peser sur le concessionnaire est donc « *une charge extracontractuelle* ». Pour compenser cette charge extracontractuelle, le concessionnaire aura droit à une indemnité.

Pourquoi cette nouvelle théorie prit-elle le nom de théorie de l'imprévision ? cela résulte forcément d'une jurisprudence qui, constatant l'aggravation des charges du débiteur, par la survenance d'un événement grave, la guerre, par exemple, déclarait cette aggravation imprévisible et partant en imposait le règlement aux parties en dehors des clauses du contrat.

Cette théorie, la jurisprudence judiciaire refusa de l'appliquer. La doctrine se partagea d'ailleurs sur l'op-

1. Référence citée.

portunité de son introduction en droit civil. Toute une série de thèses et d'ouvrages¹ offrirent à la jurisprudence une suite de théories qui permettaient au juge de tourner l'obstacle majeur à cette introduction, l'alinéa 1 de l'article 1134. D'autres auteurs au contraire, M. Capitant² entre autres, pensaient que cette révolution dans les principes du droit ne pourrait avoir que de néfastes effets.

Le législateur cependant n'hésita pas à réformer les contrats dans les cas où le débiteur, écrasé par ses obligations, ne pouvait les exécuter qu'en se ruinant. Il commença par le faire en permettant, par la loi du 21 janvier 1918, loi Failliot, la résolution des marchés à livrer. Cette loi fut suivie de toute une série de mesures législatives qui prorogèrent, modifièrent, suspendirent l'exécution des contrats³.

Car, peu à peu, la théorie de l'imprévision qui avait fait son apparition dans notre droit comme une théorie d'exception née des conséquences de la guerre, tendit à s'y installer. Pendant que le Conseil d'Etat perfectionnait sa théorie et l'étendait à tous les contrats administratifs, le législateur accumulait, les unes sur les autres, les lois révisant les contrats. On vit le Parlement prendre des mesures pour soulager les fermiers, puis pour avantager les propriétaires. On peut dire que depuis la guerre, il ne s'est pas écoulé une seule année sans que le Parlement ne soit venu déroger au respect des contrats par une loi sur les loyers ou les fonds de commerce.

C'est que, loin de se stabiliser après la guerre, la situation économique continua à s'aggraver. La crise, une

1. V. la bibliographie.

2. Note au Dalloz, 1917.2.34.

3. V. 2^e Partie, sect. III.

première dévaluation modifieraient nécessairement les conditions d'exécution des contrats. De nouvelles dévaluations, les difficultés sociales, une hausse considérable viennent à nouveau de redonner à la théorie de l'imprévision une importance capitale. La difficulté, pour des industriels ou des commerçants de continuer à exécuter leurs contrats quand ils voient leur prix de revient et leur main-d'œuvre doubler de valeur, pose à nouveau le même problème qui s'était posé lors de la guerre. Aussi bien est-ce en matière de contrat de travail, de convention collective, que la théorie vient de recevoir une nouvelle application dont la portée est extrêmement importante.

Ainsi est mis en brèche ce grand principe de l'autonomie de la volonté et du respect des contrats sur lequel on peut dire que le législateur avait étayé tout le droit civil. Une théorie qui veut à tout prix assurer l'équité, même aux dépens de la stabilité, une législation qui s'époumonne à suivre les perturbations, les hauts et les bas d'une vie économique complètement dérégulée, tendent petit à petit à tourner complètement cet alinéa 1 de l'article 1134 que seul — et pour combien de temps encore — s'obstine à appliquer le juge civil.

CHAPITRE II

SOLUTIONS PROPOSÉES

Le problème de l'adaptation des contrats au fur et à mesure des changements de circonstance a inspiré, surtout dans les années qui ont suivi immédiatement la guerre, de nombreux auteurs. Ils ont proposé des solutions qui permettent de tourner la prohibition de l'alinéa 1 de l'article 1134. Ces théories, qu'elles aient pour base un texte du Code civil, une clause de l'Ancien droit, un principe général ont toutes un but commun : elles estiment qu'un créancier ne doit pas pouvoir continuer d'exiger de son débiteur une *res debita* dont la valeur s'est accrue de façon considérable depuis le jour du contrat. Techniques différentes, mais idéal identique : c'est pourquoi elles seront exposées dans un seul chapitre.

I. — *Solutions tirées de l'analyse de la volonté des parties*

A. *La bonne foi. L'équité*¹.

Répondre à l'alinéa 1 de l'article 1134 par son alinéa 3 — « Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi » — est évidemment le procédé qui vient à

1. V. la thèse de M. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928.

l'esprit le premier. A la rigidité du lien contractuel s'oppose cette notion vague, héritée du droit romain qu'est la bonne foi.

Mais, en droit romain, la *bona fides* correspondait à un besoin que le droit moderne n'éprouve plus : c'était un remède contre le formalisme, et parallèlement aux contrats et aux actions de droit strict existaient contrats et actions *bonae fidei*. Pour le Code civil, au contraire : « Les conventions doivent être exécutées de bonne foi » : aucune distinction par conséquent ; il s'agit d'une règle générale¹.

Pour certains auteurs, l'alinéa 3, par ses mots « la bonne foi » créerait une règle nouvelle, capable de mettre en échec celle de l'alinéa 1.

D'après la quasi-totalité de la doctrine, au contraire, elle se rattache au principe de l'autonomie de la volonté. A ce principe clairement exprimé dans l'alinéa 1, l'alinéa 3 ne pourrait venir apporter un démenti. Le 3^e alinéa ne contredit pas les deux premiers, il les complète et amorce l'article 1135 qui lui donne tout son sens : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, « mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou « la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Exécuter de bonne foi, c'est exécuter selon l'équité, l'usage et la loi. Le sens des mots, l'usage ou la loi étant bien clair, définir la bonne foi par l'équité ne fait pas beaucoup avancer le problème. Car à l'équité ne correspond pas une règle claire, de droit positif et extérieure aux parties. A vrai dire, la doctrine ne distingue pas entre les deux mots.

1. V. Fuzier-Herman, *Répertoire de droit français*, 1891, V^o La bonne foi.

« La bonne foi, — pour Planiol et Ripert¹ — c'est
« l'obligation de se conduire en homme honnête et cons-
« cienzieux, non seulement dans la formation, mais
« dans l'exécution du contrat et de ne pas s'en tenir à la
« lettre de celui-ci ». C'est également l'opinion d'Aubry
et Rau² : « Les conventions doivent être exécutées de
« bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des
« parties et au but en vue duquel elles ont été formées »
et celle de Baudry-Lacantinerie³ : « De bonne foi, c'est-
« à-dire conformément à l'intention des parties et au
« but qu'elles se sont proposé en contractant ».

Le sens de l'alinéa 3 est donc très simple : le débiteur doit exécuter son obligation. Si la convention d'où elle a pris sa source n'est pas très claire ou si elle est incomplète, le débiteur ne doit pas chercher à en profiter, à minimiser la *res debita* — pas plus que le créancier à l'augmenter. Ils doivent l'un et l'autre s'en référer à ce qu'étaient leurs volontés lors du contrat.

Fonder une théorie de l'imprévision en droit civil français sur la bonne foi est donc strictement impossible⁴. L'étude de la bonne foi n'a donc qu'un résultat : nous amener à placer le problème de la révision des contrats sur un autre terrain : celui de l'analyse de la volonté des parties.

B. La clause « *rebus sic stantibus* ». L'article 1156.

C'est en effet par une étude de la volonté des parties que M. Wahl¹, dans une note de 1916 au Sirey, justifiait

1. Planiol et Ripert, (*op. cit.*), t. VI, N° 379 et suiv. N° 396.

2. Aubry et Rau, t. IV, p. 563.

3. Baudry-Lacantinerie et Barde, (1906), t. XII, N° 343.

4. Cependant dans beaucoup d'autres pays et notamment en Allemagne la notion de bonne foi a été utilisée pour faire admettre la théorie de l'imprévision (V. dans la conclusion : droit comparé).

la théorie de l'imprévision en droit civil. Il le fit en rajoutant une clause de l'Ancien droit, la clause *rebus sic stantibus*. Introduite par les canonistes dans un unique but de moralité, elle consiste à sous-entendre dans tous les contrats qu'ils ne seront exécutés que si les circonstances existant lors du contrat ne se modifient pas. Si elles se modifient, rendant ruineuse pour le débiteur son obligation — ce qui, pour les Canonistes qui, sous le nom d'usure, pourchassaient tout enrichissement d'une des parties aux dépens de l'autre, était inique — le contrat devait être révisé.

Cette clause, les parties peuvent toujours l'introduire dans leur convention. Elle est parfaitement légale. Si donc le contrat est explicitement conclu « *rebus sic stantibus* » la question de l'imprévision ne se pose plus : le contrat sera modifié dès que se modifieront ses conditions d'exécution.

Mais, dans le silence du contrat, doit-on la sous-entendre ?

Pour les parties, si elles ont voulu la clause, la bonne foi leur impose de la respecter, même si elles n'ont pas trouvé nécessaire de la mentionner dans le contrat.

Mais le problème de l'interprétation du contrat peut se poser devant le juge.

Lui aussi, d'après l'article 1156 doit rechercher « quelle a été la commune intention des parties, plutôt « que de s'arrêter au sens littéral des termes ». « Rien « n'empêche donc le juge, dit M. Wahl², d'apprécier « l'intention des parties en déclarant qu'elles ont sous- « entendu cette clause » et il ajoute que la Cour de cas-

1. Note au Sirey, S., 1916.1.17.

2. Note citée.

sation serait probablement obligée de déclarer une telle appréciation, souveraine.

Si les parties ne l'ont pas inscrite, si l'interprétation du contrat se pose devant le juge, c'est-à-dire si les parties ou l'une d'elles, contestent justement l'existence d'une pareille clause, le juge peut-il donc, usant du pouvoir que lui reconnaît l'article 1156 de rechercher la véritable intention des parties, considérer comme normalement sous-entendue, la clause *rebus sic stantibus* ? M. Capitant¹ y voit, au contraire de M. Wahl, un obstacle majeur. Le texte même de l'article 1156 le défendrait : c'est qu'il parle de la « commune » intention des parties. Or, pour M. Capitant il ne peut pas « être question « de commune intention » des parties quand « leurs intérêts se trouvent en opposition ». Il est bien évident en effet qu'un événement rendant plus lourde et même accablante la charge du débiteur, entraîne entre les parties une divergence d'intérêts. Le créancier trouve autant d'avantage au maintien du contrat que le débiteur en éprouve de préjudice. Cette simple constatation, selon l'opinion de M. Capitant, suffirait à empêcher le juge de pouvoir sous-entendre la clause *rebus sic stantibus*.

Mais l'argument de M. Capitant n'emporte pas la conviction, car les intérêts des parties qui concluent un contrat sont toujours en opposition. Ils le sont même quant à l'objet du contrat. C'est une vérité d'évidence que M. Cassin² ne trouve même pas utile de commenter. Le vendeur a toujours intérêt à vendre le plus cher possible et l'acheteur, à acheter le moins cher possible. Leurs deux volontés se sont cependant accordées sur le

1. Note citée au Dalloz, D., 1917.2.34.

2. M. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VI, N° 13, p. 18. — *Idem*, Demogue *Traité de obligations*, t. I, N° 22.

prix. Pourquoi ne se seraient-elles pas accordées tout aussi bien sur une modification future du contrat s'il venait à être modifié par des bouleversements économiques ?

Il est bien évident même pour M. Wahl que les juges ne devraient user de leur pouvoir de sous-entendre la clause qu'avec modération. Il ne faudrait pas en arriver à supprimer tout aléa. Tout contrat dont l'exécution n'est pas instantanée ne peut pas — nous le verrons — ne pas comporter un certain aléa. Mais les tribunaux auraient pu trouver là un remède à certains bouleversements causés par la guerre. L'expérience — une douloureuse expérience — nous a bien montré en tous cas à quel point M. Wahl avait raison en préférant une interprétation, peut-être un peu discrétionnaire, mais certainement modérée du juge à l'intervention brouillonne, intempestive, souvent inspirée par des préoccupations politiques du législateur.

*C. La distinction du contractuel et de l'extracontractuel.
L'article 1150.*

Il y a une autre manière de fonder une théorie de l'imprévision en droit civil sur l'analyse du consentement des parties. Elle consiste à faire remarquer que les parties ont bien prévu en concluant leur contrat, un certain aléa, que l'on appellera « l'aléa ordinaire » — une hausse ou une baisse modérée des prix de la marchandise en question. Mais elles n'ont pas prévu les « aléas extraordinaires » : une guerre, un tremblement de terre, une crise comme celle de 1930. Comment leur accord de volonté qui s'est établi sur un objet limité pourrait-il régir ces événements : le dommage qu'ils causent est « extra-contractuel ». On ne peut vouloir que ce qu'on

peut prévoir. Le juge intervenant à propos de ces événements n'interpréterait pas le contrat. Au contraire, selon l'expression de M. Voirin¹ « il en sanctionnerait la carence ». L'Ancien droit résumait ce raisonnement en un brocard : « *Voluntas non porrigitur ad incogitata* ».

Ce raisonnement trouve dans les textes un certain appui.

Il y a d'abord les articles 1772 et 1773 du Code civil sur le contrat de louage. « Le preneur peut être chargé des cas « fortuits, par une stipulation expresse ». « Cette « stipulation ne s'entend que des cas fortuits ordinaires « tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure. Elle ne « s'entend pas des cas fortuits extraordinaires tels que « les ravages de la guerre ou une inondation auxquels « le pays n'est pas ordinairement sujet à moins que le « preneur n'ait été chargé de tous les cas fortuits prévus « ou imprévus ». Ces textes qui visent le cas particulier du louage quand le preneur a fait une clause qui le charge des cas fortuits ne sont intéressants pour nous qu'en tant qu'ils font la distinction de ce qui peut être normalement prévu (l'aléa ordinaire) et ce qui ne peut l'être : les cas fortuits imprévus (l'aléa extraordinaire). Un preneur qui se charge volontairement des cas fortuits n'est présumé s'être chargé que de l'aléa ordinaire.

La même distinction du prévisible et de l'imprévisible est faite par un autre article du Code dont la portée est beaucoup plus générale. D'après l'article 1150 « Le « débiteur n'est tenu que des dommages qui ont été « prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque « ce n'est pas par son dol que l'obligation n'est point « exécutée ».

1. *La notion d'imprévision*, thèse, Nancy, 1922.

Cet article qui est né d'un texte célèbre de Pothier¹ est susceptible de deux interprétations, qui, toutes deux peuvent servir à asseoir une théorie de l'imprévision.

Il y a eu longtemps une controverse qui est devenue classique sur le sens de l'article 1150. S'agissait-il des dommages dont la cause était prévisible ou des dommages dont la quotité était prévisible² lors du contrat ? Ce second sens, adopté par Aubry et Rau³ et par Colin et Capitant⁴, seuls de toute la doctrine est celui que la Cour de cassation a fini par adopter, en 1924.

Quoiqu'il en soit de cette controverse, il faut noter qu'au point de vue de la théorie de l'imprévision, l'adoption de l'une ou l'autre opinion n'a pas grand intérêt. Nous pensons d'ailleurs, avec M. Lescot⁵, note au Sirey que : « Ce que l'on appelle ici très improprement *la cause* « du dommage (très improprement, le dommage résulte « tant uniquement de l'inexécution de l'obligation du « débiteur) ce n'est pas autre chose, en effet, que sa « nature ou son objet. Or l'importance du préjudice « causé au créancier dépend forcément de la nature de ce « préjudice ; mieux, elle est inhérente à sa nature ». Il semble en tous cas difficile de croire que le débiteur ait pu, selon le mot d'Aubry et Rau « séparer » dans ses prévisions la nature des dommages qu'il devra de leur *quantum*. Ce qui est important, ce qui est à retenir, c'est que, dans les deux cas, les dommages dus par un débiteur sont limités par ses prévisions. Nous retrouvons là l'idée émise au début de ce paragraphe, à savoir que des obli-

1. Pothier, *Obligation*, N° 161.

2. Baudry-Lacantinerie, t. XII, N° 486.

3. Aubry et Rau, t. IV, paragraphe 308, note 41.

4. Ambroise Colin et Capitant, *Droit civil*, t. II, p. 23.

5. Civ. 7 juillet 1924, S., 1925.1.321.

gations ne doivent être remplies par des contractants que dans la mesure où ils ont voulu s'engager, et qu'ils n'ont pu vouloir là où ils n'ont pu prévoir.

Tel que nous l'avons analysé jusque-là, l'article 1150 présente déjà le caractère d'une application de l'imprévision, application d'ailleurs assez limitée.

On peut lui donner une importance beaucoup plus grande par un raisonnement, dont le point de départ est la définition même des dommages-intérêts. « Les dommages-intérêts sont la somme d'argent équivalente à l'avantage qu'eût procuré (au créancier) l'exécution effective et exacte de l'obligation »¹. Un débiteur par sa faute (non dolosive) ne peut plus exécuter son obligation. L'avantage que le créancier espérait tirer de cette exécution doit lui être cependant procuré, d'après la définition, sous forme de dommages-intérêts. Ils doivent être « l'équivalent pécuniaire » de la prestation. Or, d'après l'article 1150, dans le sens que lui a donné la Cour de cassation, cet équivalent pécuniaire ne peut être exigé du débiteur fautif que dans la mesure où sa quotité était prévisible. Prenons maintenant une *res debita* dont la valeur s'est énormément accrue, dont l'exécution quoique ruineuse est toujours possible. Or, cette *res debita*, le débiteur doit la livrer avec toute la plus-value qu'elle a acquise, *plus-value dont la quotité avait cependant été imprévisible pour les parties*. N'est-il pas inique qu'un débiteur non fautif, dont l'obligation est devenue ruineuse, soit tenu de livrer toute la chose, avec une plus-value dont la quotité a dépassé toutes les prévisions, est devenue extracontractuelle, alors que le débiteur fautif, coupable, pour la seule raison qu'il n'est plus tenu de la

1. Planiol et Ripert, t. VII, N° 821, p. 126.

chose elle-même, mais de son équivalent pécuniaire, ne serait tenu de cet équivalent pécuniaire que dans la mesure où il en avait pu prévoir la valeur ? Cette solution est si illogique qu'il est difficile de ne pas tirer de l'article 1150 la solution contraire. Le créancier qui bénéficie de la plus-value de la *res debita*, l'article 1150 ne lui donne-t-il pas l'obligation légale de verser un supplément de prix au débiteur innocent et malheureux ? Pour M. Fyot¹, cela ne fait pas de doute. Et il est bien évident qu'alors on aurait la solution du problème qui nous intéresse.

Ce serait donner malheureusement au texte de l'article 1150 une portée beaucoup trop étendue, et qui dépasserait certainement l'intention du législateur. Ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont admis le raisonnement de M. Fyot.

Ce qu'il nous faut retenir de ce paragraphe, c'est que par la voie détournée de ce raisonnement qui consiste à considérer comme extra-contractuel tout événement, toute charge qui vient bouleverser le contrat menaçant de ruiner le débiteur sans rendre sa prestation impossible, on pouvait introduire la théorie de l'imprévision. Le Conseil d'Etat, nous l'avons vu, l'a fait. La distinction est assez artificielle et la jurisprudence administrative n'isole pas, nous le verrons, d'une façon complète, l'extra-contractuel du contractuel.

1. Fyot, thèse Dijon, 1921.

II. — *Solutions tirées de la nécessité du maintien de l'égalité économique entre les contractants*

A. *L'enrichissement sans cause.*

La théorie de l'enrichissement sans cause est une théorie d'équité. Elle n'avait été formulée dans le Code que d'une façon fragmentaire, elle a été étendue et généralisée par la Jurisprudence. Son but est tout simplement l'application du principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Comme selon l'expression de M. Esmein¹ « elle contient en germe le redressement de toutes les inégalités résultant des contrats » l'idée est venue naturellement de baser sur l'action *de in rem verso*, une théorie de l'imprévision, elle aussi théorie d'équité. Mais la Cour de cassation soumet l'action fondée sur l'enrichissement sans cause à un certain nombre de conditions : il est une de ces conditions qui fait défaut dans les cas d'imprévision : s'il y a bien toujours un enrichissement du créancier aux dépens du débiteur, un appauvrissement corrélatif de celui-ci, si l'enrichissement est généralement en relation avec l'appauvrissement, on ne peut jamais dire que l'enrichissement soit sans cause. Comme le dit M. Wahl², « un enrichissement n'est pas sans cause quand il est la conséquence de l'exécution d'un contrat ; la cause de l'enrichissement est dans ce contrat lui-même ». Ainsi la théorie de l'enrichissement sans cause ne peut rien apporter au point de vue de l'imprévision.

B. *La lésion*³.

Dire que l'enrichissement d'un créancier par l'accroissement de la *res debita* est sans cause « ce serait, dit M. Wahl,

1. Dans Planiol et Ripert, t. VII, N° 752, p. 47.

2. Note citée.

3. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1935, N° 61 à 74.

« admettre la lésion comme cause de révision des « contrats », ce serait en tous cas généraliser, en la déformant, la notion de lésion.

« La lésion est le préjudice éprouvé par une personne « comme conséquence d'un acte juridique par elle passé. « Elle consiste, plus précisément, dans les contrats à « titre onéreux, dans le fait de recevoir une prestation « d'une valeur inférieure à celle que l'on fournit »¹.

La théorie de la lésion et celle de l'imprévision ont le même but : assurer une certaine égalité de valeur des prestations. Mais il y a entre elles de grandes différences : dans la lésion, le déséquilibre existait au jour du contrat, dans l'imprévision, il se découvre seulement pendant l'exécution.

De plus la tendance de la doctrine et de la législation est d'adopter une conception subjective de la lésion. « Le vice du contrat réside à la fois dans la faiblesse, « l'ignorance ou le besoin de l'une des parties par rapport « à l'autre et dans l'abus commis par cette dernière qui « profite de l'infériorité de l'autre pour s'enrichir à ses « dépens avec son assentiment »². D'ailleurs si dans les cas expressément prévus par la loi, la lésion est une cause de rescision des contrats, c'est parce qu'elle constitue un vice présumé du consentement. « Ce fondement que « nous assignons à la rescision pour lésion est suffisamment révélé par la rubrique de la section où figure « l'article 1118 : Du consentement »³. Il serait absurde de traiter l'imprévision de vice du consentement, puisqu'au moment du contrat, l'échange des volontés était parfaitement normal.

1. Planiol et Ripert, t. VI, N° 210, p. 275.

2. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. VI, N° 216, p. 288.

3. *Répertoire général de droit français*, Fuzier-Herman, V° *Lésion*, N° 14 ; *Idem*, Wahl, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1927, p. 376.

Le même argument vaudrait pour répondre à ceux qui voudraient fonder la théorie de l'imprévision sur l'erreur. Comment, dit Voirin¹, pouvoir supposer « la possibilité « d'une erreur sur un point qui est manifestement resté « en dehors de la volonté contractuelle » ?

Cette théorie de la lésion qui est celle du Code et de la majorité des auteurs ne semble pas être celle de la Cour de cassation, notamment en matière de promesse de vente d'immeubles. La Cour de cassation constatant les plus-values acquises depuis la promesse par les immeubles après la guerre et les dévaluations décide que l'immeuble doit, pour l'appréciation de la lésion, être estimé au jour de la réalisation de la promesse. Or, comme le dit M. Wahl, « en cas de promesse de vente, c'est seulement au moment « de la promesse qu'il peut y avoir pour le vendeur une « nécessité ne lui permettant pas de conserver l'immeuble « et le forçant à accepter des conventions trop dures »². C'est à ce moment-là qu'il pourrait s'agir d'un vice du consentement. Au contraire, d'après le système de la Cour de cassation, on pourrait imaginer de « rattacher « la rescision pour lésion au principe que nul ne peut « s'enrichir aux dépens d'autrui »³.

C'est ainsi qu'à côté de la théorie subjective de la lésion, vice du consentement, s'est formée une théorie « objective ». Dans cette théorie, il suffit pour qu'il y ait lésion qu'il se produise un déséquilibre entre les prestations dont elle analyse la valeur d'une façon absolue et non d'après les besoins des parties, son but étant de rechercher le maximum de justice contractuelle.

1. Thèse citée.

2. A. Wahl, « La lésion dans les promesses unilatérales de vente », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1927, p. 577.

3. *Idem*.

Même dans cette doctrine, il faut bien voir que — à la différence des cas d'imprévision — le déséquilibre existe dès le moment de la conclusion réelle du contrat. Si la Cour de cassation se place au jour de la réalisation de la promesse, c'est qu'elle considère que la promesse elle-même « doit être négligée » ; pour elle, la promesse de vente n'est qu'« une simple pollicitation ». C'est au jour où le stipulant lève l'option que s'effectue le transfert de propriété¹. C'est pourquoi on ne peut comparer l'imprévision à la lésion même considérée objectivement et non comme vice du consentement, car dans l'imprévision par hypothèse, nous l'avons déjà dit, le déséquilibre n'apparaît qu'ultérieurement à la conclusion du contrat.

Et d'ailleurs, quand bien même on arriverait à rapprocher la notion d'imprévision de celle de lésion, le résultat resterait négatif, puisque d'après l'article 1118, la lésion ne vicie pas les conventions, sauf dans certains cas déterminés par la loi.

Il faut cependant reconnaître que dans les lois récentes sur les fonds de commerce, c'est — nous le verrons — par la voie détournée de la lésion que le législateur a introduit la théorie de l'imprévision ; il est vrai que c'est au mépris de toutes les règles jusqu'ici admises en matière de lésion.

C. *La cause*².

Ce que ni la théorie de l'enrichissement sans cause, ni celle de la lésion trop discutée et de toutes façons trop restrictive ne peuvent nous apporter, certains auteurs, le demandent à une notion dont le but est aussi de recher-

1. Wahl, art. cité, p. 574, Cass., 14 novembre 1916, 1^{er} août 1914, 19 avril 1926.

2. Capitant, *De la cause des obligations*.

cher une certaine équivalence entre les prestations : la notion de cause, notion sur laquelle d'ailleurs on pourrait fonder aussi une théorie très générale de la lésion.

La question est nettement posée par M. Cassin¹ :
« Peut-on envisager la cause comme un moyen *in se et per se* d'empêcher l'exploitation de l'homme par l'homme, de maintenir l'égalité économique entre les contractants, soit par l'équivalence initiale de valeur des prestations promises (lésion), soit par la correction ou la revision du contrat au cas où la suite des événements accuserait un trop considérable déséquilibre entre elles (imprévision) ? ».

L'article 1108 du Code civil mentionne en effet la cause parmi les conditions essentielles pour la validité des conventions. C'est une notion qui a donné lieu à toutes sortes de controverses. Nous adopterons ici, faisant abstraction de discussions qui dépasseraient notre sujet, celle de M. Capitant, et celle de M. Esmein dans le *Traité pratique* de Planiol et Ripert.

« La cause est le but que veut atteindre le contractant en s'obligeant »². Cet élément nécessaire dans tous les contrats en dehors du consentement, de la capacité et de l'objet, ce sera par exemple dans les contrats onéreux la contre-partie pour l'obtention de laquelle le débiteur s'engage. Cette contre-partie est remplacée dans les libéralités, par l'intention libérale, compensée dans les contrats aléatoires par la considération de l'aléa. On voit bien que quel que soit le contrat dont il s'agisse, la cause est toujours la résultante de ce dicton populaire « donnant donnant ». Il faut donc, pour qu'un contrat

1. Cassin, « La cause des obligations », *Annales de droit commercial*, 1923, p. 345.

2. V. Planiol et Ripert, t. VI, N^{os} 249 et suiv.

soit valable, que chacune des parties ait en face de son propre engagement quelque chose qui lui procure un avantage, soit matériel, soit tout à fait psychologique (l'intention libérale) égal à celui qu'elle procure elle-même à l'autre partie. Il faut, en un mot, qu'un contrat soit *équilibré*.

Dans un contrat à titre onéreux, à l'obligation de chacune des parties doit correspondre une contre-partie, un élément matériel. « Il n'est pas admissible que l'on « reçoive sans rien donner ». En l'absence d'intention libérale, si je vous fournis du charbon, vous me devez des francs.

Mais la valeur de cette contre-partie, de cet élément objectif, matériel, qui doit exister dans tous les contrats, ne peut pas être appréciée d'une façon absolue. Le juge ne peut pas se baser, pour l'estimer, uniquement sur des barèmes, des statistiques : c'est aux parties elles-mêmes qu'il faut s'en remettre du soin d'assurer un équilibre à leurs prestations réciproques. C'est subjectivement qu'elles apprécient si ce que leur fourniront leurs co-contractants vaudra ce qu'elles leur fourniront. Il peut intervenir ce qu'on a appelé « la valeur d'affection ».

En conséquence de cette nature mixte de la cause, au jour du contrat, au moment donc où l'on doit se placer pour apprécier la lésion, il suffit pour que le contrat soit causé qu'il y ait pour chaque prestation une contre-partie « appréciable ». La différence de valeur peut être considérable, mais, comme le disent les Anglais : « Un « grain de poivre peut être une considération (cause) « suffisante pour une obligation de 100 livres ». Il suffit pour cela, d'après la doctrine de la lésion — vice du consentement — que celui qui reçoit le grain de poivre

ait considéré librement et sans être poussé par un besoin vital qu'il vaut bien — pour lui — les 100 livres qu'il reçoit.

Il faut bien pourtant constater, avec M. Cassin¹ que « à l'heure où des arrêts importants ont définitivement « coupé le lien rattachant la théorie de la lésion en droit « français à celle des vices du consentement et où le « législateur se préoccupe chez nous d'élargir ouverte-
« ment son champ d'application », c'est l'élément objectif, matériel de la contre-partie de chacune des obligations qui l'emporte. L'analyse de la jurisprudence en donne une confirmation, dans une autre matière : « n'interdit-
« elle pas les renonciations conventionnelles aux garanties de réalisation du but poursuivi », les clauses écartant la responsabilité même en cas de faute prouvée, les clauses limitant les dommages-intérêts à un chiffre dérisoire ?

On voit combien l'adoption d'une conception de la cause dont l'élément objectif et matériel serait l'élément important pourrait amener à généraliser la lésion. Il suffirait d'un déséquilibre économique entre les prestations pour que le contrat, considéré dès lors, comme sans cause, soit rescindable.

A plus forte raison, cette conception pourrait « conduire » à admettre l'imprévision en droit civil français.

Voici un contrat qui, le jour de sa signature, est parfaitement causé, les prestations sont équilibrées, leur valeur est à peu près égale, elle l'est, en tous cas, dans l'esprit des contractants. Survient un événement quelconque : guerre, hausse des prix qui bouleverse le contrat (sans toutefois rendre son exécution impossible). La presta-

1. *Op. cit.*

tion due par une des parties augmente tellement de valeur qu'elle ne recevra en échange qu'une contrepartie sinon dérisoire, du moins tout à fait hors de proportion avec ce qu'elle a fourni. Ce contrat qui cesse d'être équilibré cesse-t-il en même temps d'être causé ? C'est là toute la question.

Ce qui s'est passé d'une façon évidente, c'est que la cause de l'obligation du vendeur se trouve quant à sa valeur objective minimisée, le dicton populaire « donnant donnant » n'est plus satisfait. L'élément matériel se trouve trop déprécié pour pouvoir continuer à soutenir une prestation dont toute la charge pèserait dès lors sur le seul et malheureux vendeur.

L'objection que l'on pouvait faire tout à l'heure quand la disproportion existait dès la formation du contrat ne peut plus être faite maintenant. On pouvait bien dire alors que s'il apparaissait un déséquilibre économique entre les prestations, il pouvait, bien au contraire, s'établir un équilibre subjectif à cause du prix qu'une des parties attachait à la prestation qu'elle recevait : Esaü a bien le droit de décider que son droit d'aînesse est payé par un plat de lentilles. Au contraire, quand ce déséquilibre se produit au moment de l'exécution, en même temps qu'objectivement, l'obligation d'une des parties devient sans cause, ou tout au moins sans cause *efficace* puisque la valeur de ce qu'elle reçoit ne peut en rien compenser la perte qu'elle subit, en même temps le contrat ne correspond plus à la volonté des parties. Le but que l'une des parties avait assigné à son obligation ne peut plus se réaliser. L'exécution de l'obligation de l'autre partie sera sans rapport avec ce à quoi elle pouvait légitimement s'attendre le jour du contrat.

Ainsi, dans les cas où un événement postérieur au contrat vient le bouleverser, on peut bien dire que la perte de la substance de l'élément matériel, le déséquilibre des prestations entraînent la disparition de la cause. « Ne voyons-nous pas commencer une phase où, au nom de la justice et de l'intérêt social, l'élément matériel de la cause aura une influence croissante et où tout contrat qui ne comportera pas un certain équilibre objectif, une équivalence de valeur entre les prestations réciproques, sera réputé « sans cause »¹.

Mais la doctrine et la jurisprudence restent malheureusement bien éloignées d'une telle théorie. Pour la majorité des auteurs, pour M. Esmein² et même pour M. Capitant, on ne peut tirer une théorie de l'imprévision de la notion de cause. « La cause est la contre-partie stipulée, qui ne doit pas être dérisoire, mais qui n'a pas besoin d'être un équivalent exact de la prestation fournie ».

Pour nous il nous semble que dans les contrats où la question de l'imprévision peut se poser, c'est-à-dire dans les contrats où l'exécution des prestations n'est pas instantanée, il est très difficile de parler d'un défaut de cause, quand les événements extérieurs viennent à bouleverser le contrat, parce que, par leur nature même, de tels contrats comportent un certain aléa. Le vendeur espérait la baisse et l'acheteur la hausse, même s'il ne s'agit pas de purs contrats de spéculation. Or, dans les contrats aléatoires « l'exigence d'une contre-partie est moins stricte ... la possibilité d'une perte considérable sans proportion avec l'avantage, justifie un gain sans contre-partie suffisante »³. Cette dernière objection ne

1. Cassin, *op. cit.*

2. Dans Planiol et Ripert, t. VI (cité).

3. Planiol et Ripert, t. VI, N° 254, p. 352.

peut valoir, nous le verrons, pour toutes les sortes de contrats qui peuvent être modifiés par l'imprévision, mais vaut surtout pour les marchés à livrer.

D. *L'abus du droit*¹.

Pour forcer le contrat à s'exécuter dans un équitable équilibre, on a cherché à utiliser une notion dégagée au début du ^{xx}e siècle : l'abus du droit. Le créancier qui continue à exiger l'accomplissement de son contrat quand le débiteur s'en trouve accablé ne commet-il pas un abus du droit ?

Nous n'avons pas à revenir ici sur le grand débat qui opposa les auteurs, quand la théorie de l'abus du droit fut pour la première fois émise, sur le point de savoir si le dommage causé à autrui par l'exercice d'un droit pouvait entraîner la responsabilité du titulaire de ce droit. Des auteurs soutinrent que tout acte de l'homme étant nécessairement accompli dans l'exercice d'un droit — même non défini, comme celui de se mouvoir, d'agir — tout acte dommageable pouvait être qualifié d'abus du droit². Il en résulte que l'homme, qu'il s'agisse de ses droits bien définis par la loi ou de ses droits indéfinis, doit toujours agir avec diligence et que l'adage : *Nemo damnum facit qui suo jure utitur* ne signifie plus rien. Cette théorie subit les fortes critiques de M. Planiol³ : « si j'use de mon droit, mon acte est licite ; quand il est « illicite, c'est que j'agis sans droit » et elle a pris actuellement deux formes bien différentes l'une de l'autre. Nous allons chercher ce que l'on peut tirer de l'une ou de l'autre pour l'établissement d'une théorie de l'imprévision.

1. Ripert, *La règle morale*, (cité) p. 167 et suiv. N^{os} 98 à 104.

2. Ambroise Colin et Capitant, t. II, N^o 195.

3. Planiol, *Traité élémentaire*, 2^e édit, t. II, N^o 871.

Dans une première conception, qui est d'ailleurs celle adoptée par la jurisprudence, on abuse de son droit quand on en use dans la seule intention de nuire à autrui. Mais dans l'impossibilité de descendre dans la conscience d'autrui, il faudra induire l'intention maligne de l'inutilité de l'acte pour celui qui en exige l'accomplissement : cette seule constatation montre que la théorie de l'imprévision ne peut être fondée sur cette conception : dans les cas d'imprévision en effet, le créancier tire un avantage pécuniaire certain de l'exécution du contrat.

Au contraire, de l'adoption de la seconde conception de l'abus du droit résulte nécessairement une théorie de l'imprévision : cette seconde conception est celle de la relativité des droits subjectifs soutenue par M. Josserand¹. Leurs droits ne sont conférés aux hommes que pour des fins déterminées. Les droits ne sont pas absolus et doivent fléchir devant les intérêts supérieurs de l'Etat. C'est ainsi que le Code civil de l'U.R.S.S. déclare, dans son article 1^{er} : « Les droits civils sont protégés par la loi « sauf dans la mesure où ils sont exercés dans un sens « contraire à leur destination économique et sociale ». On comprend qu'il sera toujours facile de soutenir que l'intérêt général exige que les débiteurs soient protégés contre leurs créanciers, surtout s'ils représentent une plus grande force électorale que ces derniers.

Mais la théorie de la relativité des droits est loin d'être généralement adoptée. Elle est repoussée par d'éminents auteurs et n'est pas appliquée d'une façon nette par la jurisprudence. Si toute une législation que nous étudierons plus loin est venue en aide aux débiteurs, elle ne l'a pas fait sous l'influence de telle ou telle conception

1. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*.

juridique, mais simplement sous l'influence de tel ou tel parti, de telle ou telle force politique.

Ainsi, des deux théories sur l'abus du droit, aucune ne peut servir pour fonder la théorie de l'imprévision, la première parce qu'elle se heurte à une question insoluble de preuve, la seconde parce qu'elle implique une transformation, une socialisation du droit, en contradiction avec les principes de liberté et d'autonomie de la volonté qui restent le fondement même du droit français.

Aussi, quand M. Ripert écrit : « On ne saurait tolérer « dans certains cas l'abus que le créancier prétend faire « de son droit au détriment du débiteur », il n'attache pas à ce mot, abus, la signification que lui donne M. Josserand dont il a sévèrement critiqué les théories¹. Il constate simplement que, quelquefois, « la règle morale » doit faire reculer le droit, et cherche à faire consacrer « dans la mesure du possible la loi morale qui défend au « créancier de s'enrichir injustement aux dépens de son « débiteur »².

Ainsi, nous venons d'étudier, sous deux rubriques peut-être un peu arbitrairement choisies pour les facilités de l'exposé, une série de théories qui pourraient servir à tourner les règles de l'article 1134. Quel que soit leur intérêt doctrinal, il faut bien constater que jusqu'à présent, la jurisprudence les a négligées : c'est à l'étude de la jurisprudence que nous consacrerons le prochain chapitre.

1. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil nouveau*.

2. Ripert, *La règle morale* (cité).

CHAPITRE III

LE REFUS DE LA JURISPRUDENCE

Parmi les solutions offertes par la doctrine à la jurisprudence, quelques unes étaient assez fortes au point de vue juridique et assez ingénieuses, pour qu'en en choisissant une, ou, au besoin, en en combinant plusieurs, le juge ait pu construire une théorie de l'imprévision. Mais le juge s'est refusé à porter le débat sur le fond, il n'a pas étudié si, par exemple, la notion de cause ou celle d'abus du droit n'impliquait pas la théorie de l'imprévision ; il s'est contenté d'appliquer la théorie de la force majeure et de dire que « le cas de force majeure « s'entend des événements qui rendent l'obligation « impossible, mais non de ceux qui la rendent plus onéreuse »¹. C'est en effet ce qui résulte d'une façon formelle de l'article 1134 et de l'article 1148, de toute la tradition de notre ancien droit et particulièrement des principes de sécurité et d'autonomie de la volonté qui ont inspiré le législateur de 1804. Si l'on compare les cas d'imprévision à ceux de la force majeure, on voit qu'il y a entre eux un fossé infranchissable : celui qui sépare l'impossibilité de la simple difficulté. En se cantonnant à la théorie de la force majeure, en refusant non seule-

1. Cette formule est celle d'un arrêt de Cass. civ., 17 novembre 1925, S., 1926.1.37.

ment d'appliquer mais même d'examiner d'autres constructions juridiques conduisant, elles, directement à la théorie de l'imprévision, le juge en rendait l'introduction impossible.

Non seulement il y a, à l'extension de la théorie de la force majeure l'obstacle juridique que nous venons de dire, mais encore, si cependant le juge ne s'y était pas arrêté, la force majeure n'aurait jamais pu constituer un remède dans les cas d'imprévision : en effet, elle ne peut jamais aboutir qu'à un résultat, la résolution, puisque l'exécution est par hypothèse devenue impossible. Au contraire, dans les cas d'imprévision où l'exécution est toujours possible, la résolution serait un remède pire que le mal et qui n'aurait pour résultat qu'une grave interruption des affaires. De la nature même de l'imprévision, il résulte que son seul remède est la révision¹.

Ainsi, tant par leur nature que par leur résultat, la théorie de la force majeure et la théorie de l'imprévision sont antinomiques. Les comparer l'une à l'autre, c'est condamner la théorie de l'imprévision.

C'est ce que fit, dès le milieu du XIX^e siècle, la Cour de cassation dans deux affaires particulièrement célèbres.

La première remonte à la guerre de Crimée. Des agents de remplacement avaient assuré les jeunes gens de la classe 1893 contre les chances d'un tirage au sort, moyennant le versement d'une prime. Après la conclusion des contrats, la loi du 14 avril 1854 vint augmenter considérablement le contingent de cette classe. Les assureurs devaient-ils continuer à procurer des remplaçants à des conditions devenues beaucoup plus difficiles et onéreuses ?

1. Sur « la constitutionnalité » d'un pouvoir de révision du juge, même comme résultant de l'application d'une théorie tout à fait juridique comme celle par exemple de la cause, voir 2^e Partie, sect. 3.

Si les Cours d'appel ¹ avaient adopté cette thèse de droit qui prit plus tard, nous l'avons dit, le nom d'imprévision, la Cour de cassation, elle, déclara que l'augmentation du contingent ne rendant pas l'obligation des assureurs impossible, cette obligation devait s'accomplir ².

Elle confirma sa position dans une autre affaire, plus favorable encore, semble-t-il, sur le terrain de l'équité à une révision des contrats : celle du Canal de Craponne. En 1597, un sieur Adam de Craponne s'était engagé à construire un canal destiné à arroser les propriétés des habitants de la Commune de Pélissanne, moyennant redevance de ceux-ci. La Cour de cassation refusa ³, en 1876, de sanctionner la demande du marquis de Galiffet, actuel propriétaire du canal, qui prétendait que les redevances à lui payées, devaient être augmentées, qu'elles ne correspondaient plus, au *xix*^e siècle à la situation qui les avaient fait accepter par les parties au *xvi*^e. Voilà pourtant ce qui semblait une vérité d'évidence.

La Cour de cassation a cependant déclaré « que les « tribunaux, même dans les contrats à exécution successive, ne peuvent prendre en considération le temps et « les circonstances pour modifier les conventions des « parties ».

La guerre de 1870 avait d'ailleurs posé le problème d'une façon particulièrement aiguë. Mais de très nombreuses décisions ⁴ ont confirmé le grand principe que le

1. Cours d'appel ayant admis l'imprévision : Paris, 26 mai 1854, D., 1854.2.139 ; Rouen, 3 juin 1854, D., 1854.2.131 ; Grenoble, 18 août 1854 ; D., 1855.2.78.

2. Civ., 9 janvier 1856, D., 56.1.33 ; 2 avril 1856, D., 56.1.100-101 ; 7 mars, 1859, D., 59.1.118.

3. Civ., 6 mars 1876, D., 76.1.192 ; S., 86.1.161.

4. Trib. com. Seine, 7 décembre 1870, D., 1870.3.116 ; Trib. com. Seine, 2 janvier 1871, D., 1871.3.17 ; Trib. com. Rouen, 19 mai 1871, D., 1871.2.179 ; Civ. ; 19 novembre 1873, D., 1874.1.200.

débiteur n'est libéré que quand l'exécution de son obligation devient impossible, qu'il doit l'accomplir dans sa totalité dans tous les autres cas, même si elle est devenue extrêmement onéreuse. La question se posa de nouveau pour la guerre de 1914 et des arrêts plus nombreux encore vinrent appliquer la thèse traditionnelle. M. Capitant n'a trouvé qu'un tribunal dont l'opinion soit divergente¹. La Cour de cassation rejeta par une série d'arrêts la théorie de l'imprévision, dans toutes les matières où elle se posait. Elle la rejeta notamment en matière de contrat de travail² : le chef d'entreprise doit continuer à payer le salaire convenu, même — pour certains tribunaux³ — si la guerre l'a obligé à fermer son établissement pendant quelques mois. Dans les contrats de travail à durée indéterminée, on sait que, d'après le droit commun, le patron peut rompre s'il a des motifs légitimes de le faire : la diminution de recettes en constitue un et c'est bien ce qui se passe dans les cas d'imprévision. Mais même d'après M. Wahl⁴, pourtant partisan de la révision, cela n'empêche pas le patron d'avoir à payer des dommages-intérêts, s'il ne respecte pas le délai-congé. Mais le peu d'importance de cette somme empêche que l'on puisse vraiment invoquer cette espèce comme un rejet de la théorie de l'imprévision.

Dans le louage d'immeuble, la jurisprudence a adopté cette même solution : le locataire doit payer le loyer, même s'il n'a pas tiré de l'immeuble tout le profit qu'il en espérait. La question se posa surtout à propos de la reprise des cheptels en fin de bail, quand il s'agissait de

1. Trib. com. Toulouse, 1^{er} juin 1915 ; D., 1916.2.112.

2. Civ., 4 août 1915, D., 1916.1.22.

3. Trib. civ. Seine, 28 janvier 1916, *Gaz. Trib.*, du 11 juin 1916 ; Trib. civ. Seine, 5 janvier 1917, *Gaz. Trib.*, du 18 janvier 1917.

4. Cass. civ., 4 août 1915, S., 1916.1.17, note de M. Wahl.

cheptel de fer¹. Dans ce cas, d'après l'article 1821 « à l'expiration du bail, le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus » et d'après l'article 1826 s'il y a plus-value, le fermier doit en profiter. La question se pose alors de savoir si le fermier doit encore profiter de cette plus-value quand elle n'est due qu'à des événements comme la guerre. Les bailleurs doivent-ils, en ce cas, se contenter d'un cheptel ayant même valeur monétaire, mais composé, à cause de la hausse des prix, d'un nombre tout à fait diminué de têtes de bétail ? Là encore, la Cour de cassation refusa d'appliquer la théorie de l'imprévision² : de procéder à une équitable attribution de la plus-value acquise par le cheptel grâce à la dépréciation monétaire.

Même rejet encore par la jurisprudence de la théorie de l'imprévision dans les marchés à livrer³.

Si la jurisprudence refusa d'appliquer la nouvelle théorie, ce ne fut pas tant en réalité, parce qu'elle s'en sentait empêchée par la rigueur de l'article 1134 et de l'article 1148, que parce qu'elle comprit, non seulement que l'équité ne l'exigeait pas, mais que la nature même du contrat s'y opposait. Nous verrons pourquoi dans le prochain chapitre.

1. Planiol et Ripert, t. VI, N° 751 et suiv. — 758 (Restitution des cheptels).

2. Civ., 6 juin 1921 (cheptel de fer), S., 1921.1.193 (note Hugueney). Civ., 30 mai 1922 (cheptel de fer), S., 1922.1.289 (note Hugueney).

3. Nous ne citerons que Paris, 21 décembre 1916, D., 1917.2., p. 34 avec la note de M. Capitant. On y trouvera une liste des arrêts sur la même matière.

CHAPITRE IV

LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION CONTRAIRE A LA NATURE DU CONTRAT EST-ELLE EXIGÉE PAR L'ÉQUITÉ ?

I. — *Elle est contraire à la nature du contrat*

Si la jurisprudence n'a pas voulu appliquer la nouvelle théorie dite de l'imprévision, si aucune des théories émises par les auteurs pour la justifier n'emporte vraiment la conviction, c'est que, plus même qu'à la règle de l'article 1134, elle se heurte à la nature même du contrat.

En effet, selon l'expression de M. Ripert¹ « contracter, « c'est prévoir ».

Il faut bien voir que tous les contrats pour lesquels peut se poser la question d'imprévision, sont des contrats soit à exécution successive, c'est-à-dire des contrats² où « les deux parties ou l'une d'elles sont assujetties à des « prestations continues ou répétées à intervalles convenus, pour un temps déterminé ou indéterminé », soit des contrats à exécution échelonnée, c'est-à-dire des « contrats qui, par leur nature, s'exécutent normalement en un trait de temps mais qui peuvent changer

1. Ripert, *La règle morale*, N° 84, p. 160.

2. Planiol et Ripert, t. VI.

« de caractère si les parties ont entendu faire de la durée
« un élément essentiel de leur accord ». Du premier type
sont le bail, le contrat de travail ; du second, la vente à
tempérament, le marché à livrer.

Quelle est donc l'utilité de tels contrats et pourquoi
faire un seul contrat pour des exécutions successives,
pourquoi fixer dès aujourd'hui le prix d'une marchan-
dise qui ne sera livrée que dans 6 mois ou un an ? C'est
que de tels contrats présentent un aléa. Ce ne sont pas à
proprement parler des contrats aléatoires, c'est-à-dire des
contrats où c'est la seule considération de l'aléa qui
pousse les parties à contracter. Ce ne sont pas des
contrats de pure spéculation : les marchandises achetées,
les prestations demandées sont vraiment utiles au créan-
cier, à l'acheteur. Mais néanmoins, par la force même des
choses, dès qu'un contrat est à longue échéance, il com-
porte un aléa : les marchandises haussent ou baissent de
prix, l'industriel voit l'utilité de contrats de travail à
durée déterminée qu'il a passés diminuer d'intérêt pour
lui, si sa clientèle elle-même diminue.

Non seulement donc ces contrats sont en une certaine
mesure aléatoire, mais c'est justement en prévision de la
réalisation de cet aléa que les parties se sont engagées.
Les parties savent en s'engageant, selon l'expression
de M. Ripert¹ : « que les choses changeront » et c'est
justement pour « s'assurer contre les inconvénients de
« cette modification » que les parties traitent dès aujour-
d'hui et en une seule fois toute une série d'opérations.

Ainsi, la raison d'être, l'utilité d'un contrat à exécution
successive ou échelonnée, c'est de « s'assurer contre
« l'imprévu ». On ne peut mieux faire que de reproduire

1. *Règle morale*, N° 84.

sur ce point l'opinion de M. Ripert¹ : « Le contrat en
« opérant des mutations dans le patrimoine ou en pré-
« voyant des livraisons de marchandises ou des presta-
« tions de service, assure à un créancier une situation
« future et le garantit contre les circonstances qui s'oppo-
« seraient à sa satisfaction. Contracter, c'est prévoir.
« Le contrat, c'est une emprise sur l'avenir. Tout contrat
« contient une idée d'assurance ».

Il faut bien conclure avec M. Ripert² que « on a posé
« la question aussi mal qu'il était possible de faire en
« parlant d'imprévision ». On sait qu'en parlant d'im-
prévision, on faisait le raisonnement suivant : les parties
ne sont liées que par leur volonté : ce qu'elles n'ont pas
prévu est en dehors de leur volonté et ne peut être réglé
par les clauses du contrat : *voluntas non porrigitur ad
incogitata*.

Mais ce raisonnement pêche par la base : cela résulte
de la volonté même des parties. Les parties, nous l'avons
dit, savaient que les circonstances dans lesquelles avait
été conclu le contrat pourraient changer et devenir pour
l'une d'elles très défavorables. Elles ont l'une et l'autre
couru ce risque. Et si elles ont fixé dès aujourd'hui le prix
d'une marchandise livrable dans six mois et un an, c'est
qu'elles y trouvaient leur intérêt. Un gros industriel qui
fixe dès aujourd'hui le prix de l'énorme quantité de
charbon qui doit lui être livré à intervalles réguliers
pendant un long espace de temps pour alimenter son
usine, le fait parce qu'il a besoin d'établir son prix de
revient et s'il sait qu'il court le risque que le charbon
baisse de prix, il estime que ce risque est lui-même large-
ment compensé par celui de la hausse.

1. *Règle morale*, N° 84.

2. *Idem*.

Aussi, peu importe que l'événement qui vient faire baisser ou monter le prix du charbon n'ait pas été prévu par les parties d'une façon précise, que ce soit une guerre, une grève, la découverte de nouvelles mines de meilleure qualité, du moment que la hausse ou la baisse ont été, elles, prévues. Si le débiteur de toute évidence n'a pas souhaité être ruiné par son contrat, il faut bien admettre que c'est un risque qu'il a connu, et volontairement couru, espérant que l'aléa lui serait au contraire favorable. Du moment qu'il y avait autant de chances pour que l'aléa lui soit favorable que pour qu'il lui soit défavorable il n'y a rien d'extraordinaire à ce qu'il n'ait pas reculé devant lui. L'aléa est rentré dans ses prévisions et, par conséquent, dans sa volonté.

Si l'expression ne paraissait pas si paradoxale, on pourrait dire même que l'essence du contrat est la prévision de l'imprévu. Il est donc inadmissible de parler de révision des contrats pour imprévision.

Aussi, est-ce sur une autre notion que beaucoup d'auteurs fondent en réalité la théorie de l'imprévision, notion qui, elle, permet de justifier toutes les exceptions aux principes, je veux dire l'équité.

II. — *La théorie de l'imprévision est-elle exigée par l'équité ?*

Nous avons vu qu'en droit civil français positif, la notion d'équité, comme celle, synonyme, de bonne foi, avait une portée très restreinte ; ni l'une ni l'autre ne sont assez fortes pour permettre des dérogations au Code civil.

Cependant comme il a paru choquant qu'un débiteur soit tenu jusqu'à la ruine, qu'il subisse un grave préjudice alors qu'au contraire le créancier s'enrichissait, il

est nécessaire de chercher si vraiment, dans les cas d'imprévision, il était inique d'exiger d'un contractant l'exécution de la totalité de ses engagements. Mais la question est excessivement complexe : comme l'a écrit M. Hauriou¹ : « La justice ne se réalise vraiment que par « des décisions particulières, en des cas d'espèces ». Il est impossible en effet d'affirmer que dans tous les cas d'imprévision, il a été porté atteinte à l'équité. Ce qu'il faudrait chercher, c'est si, dans tel et tel cas bien déterminé, s'agissant d'un contrat entre telle et telle personne dont il faudrait connaître les situations de fortune respectives, l'équité s'est trouvée heurtée. C'est ainsi qu'il y a, à vouloir faire régner l'équité dans l'exécution des contrats un obstacle de fait, un obstacle majeur et préliminaire : la quasi-impossibilité de savoir si la position du débiteur, dans l'infinie variété des cas qui se présenteront est telle qu'elle nécessite une intervention en sa faveur.

Qui peut dire, par exemple, si le préjudice aujourd'hui subi par un créancier ne sera pas compensé, dans quelque temps, par un bénéfice : plus les contrats sont à longue échéance en effet et plus les chances bonnes et mauvaises ont tendance à se compenser. Il peut paraître aujourd'hui choquant qu'un vendeur soit obligé de livrer pour 100 fr., prix convenu, ce qui lui en coûte aujourd'hui 150 : mais peut-être dans six mois la situation sera-t-elle complètement retournée : ce qui lui coûtait 150 fr. ne lui en coûtera plus que 50.

Il y a, à accorder la révision, au nom de l'équité, un second risque : celui de venir en aide à un débiteur de mauvaise foi. Pour reprendre encore une fois l'exemple

1. « L'ordre social, la justice et le droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1927, p. 803.

du marché à livrer : voilà un vendeur qui invoque l'équité pour se soustraire à son obligation ; il prétend que devant la hausse des prix il lui est impossible de continuer l'exécution de ses marchés aux conditions fixées. En réalité, ce vendeur a constitué avant la hausse des stocks importants de la marchandise à livrer. Evidemment dans d'autres cas, on se trouvera au contraire devant un acheteur qui continue à exiger la livraison au prix, aujourd'hui dérisoire, fixé par le contrat, alors qu'il l'a en réalité déjà revendue à terme en tenant largement compte de la hausse : devant un acheteur comme celui-là la position du débiteur de bonne foi peut sembler particulièrement digne de pitié.

Mais cependant, ne vaut-il pas mieux, alors que les chances d'erreur dans l'appréciation d'un soi-disant préjudice subi par le débiteur sont aussi grandes, s'en tenir à la lettre du contrat, et dans le doute se contenter d'exécuter ce que les parties avaient voulu en s'engageant ?

Si l'on étudie les espèces célèbres où la Cour de cassation a nettement repoussé la théorie de l'imprévision, on constate que, quoiqu'on en ait dit, l'équité n'a pas été vraiment mise en échec et qu'il n'y a pas eu de victime de la rigueur de la haute juridiction.

Il faut se rendre compte que dans l'affaire du canal de Craponne, par exemple, où pourtant il était difficile de fonder le refus de révision sur l'acceptation de l'aléa par les parties puisque la conclusion du contrat remontait à plus de deux siècles, la Cour de cassation a donné raison aux petits propriétaires ruraux contre le riche marquis de Galiffet ; de même dans les affaires sur la loi de recrutement avant la guerre de Crimée, ce sont les compagnies d'assurances qui ont dû tenir leurs engagements envers

de petites familles bourgeoises. De même encore en refusant à des patrons la rupture de contrats à durée déterminée, ce sont les ouvriers que la Cour de cassation a favorisés contre les patrons. N'aurait-on pas, dans ces conditions, beaucoup plus crié à l'iniquité si la jurisprudence avait donné raison au marquis de Galiffet, aux compagnies d'assurances, aux patrons ?

Si l'on veut placer notre débat sur le terrain de la morale, on voit que deux adages célèbres s'affrontent : l'un « *summum jus, summa injuria* » d'où il résulterait que quand un débiteur est durement frappé par l'exécution de son contrat, on doit lui venir en aide ; et l'autre « *pacta sunt servanda* » d'où il résulte que l'on doit tenir ses engagements jusqu'à l'extrême limite de ses forces. Auquel donc faut-il accorder la priorité : certainement à celui d'où il résulte une conception héroïque du contrat. L'honneur, l'équité exigent que l'on ait le respect de la parole donnée et non que l'on cherche à s'en dégager, sous le prétexte que l'exécution de ce que l'on a promis devient trop difficile. M. Niboyet¹ en concluant son rapport à la Semaine internationale de droit sur la question de la révision du contrat exaltait la valeur morale de ceux qui ont le culte de la fidélité à leurs engagements et les comparait à ceux qui, dans les tranchées « ont eu la « volonté de tenir » et il constatait que bien souvent, c'est à ceux-là qu'est allée la victoire.

C'est qu'en effet l'intérêt général est pour une fois d'accord avec la morale. « Tenir ! » écrivait encore M. Niboyet, n'est-ce pas là une formule qui sert l'intérêt général ... » parce que si les contractants savent qu'ils

1. Niboyet, « La révision du contrat par le juge », *Travaux de la Semaine juridique internationale de droit de Paris*, p. 12, 1937.

peuvent se dégager, leur force de résistance sera très diminuée, mais, dans la conviction contraire, ils seront obligés de fournir toute leur énergie et il en résultera à la fois plus de stabilité dans les affaires, et plus de dynamisme. Comme le disait M. Cassin ¹ « Le grand mot de « sécurité domine tout ce débat ... celui qui sait qu'il est « fortement tenu réfléchira davantage avant de contracter ». On peut ajouter : « celui qui sait qu'il pourra « fermement compter sur l'exécution de la promesse « qui lui a été faite sera incité à contracter ... meilleure « réflexion avant de contracter et tendance plus large à « nouer des rapports avec autrui, voilà les arguments « qui militent contre le pouvoir de révision ».

Ainsi la nature même du contrat, l'équité, c'est-à-dire le respect de la parole donnée et l'intérêt général militent contre la possibilité d'une modification d'un contrat quand ses conditions d'exécution deviennent très difficiles : le juge judiciaire ne s'est pas trompé en s'y opposant.

Et cependant, il nous faut constater un fait : la très large application d'une nouvelle théorie, en opposition absolue avec tous les principes du Code et du XIX^e siècle. Cette théorie pour laquelle on a adopté le nom de théorie de l'imprévision que lui a donné le Conseil d'Etat, a pour but l'adaptation des contrats au fur et à mesure des événements qui en modifient les conditions d'exécution.

Ce sont les applications nombreuses et variées de la théorie de l'imprévision dans notre droit que nous étudierons dans la seconde partie.

1. *Idem*, p. 213.

DEUXIÈME PARTIE

LES APPLICATIONS DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

SECTION I

LE DROIT ADMINISTRATIF

CHAPITRE PREMIER

L'ARRÊT GAZ DE BORDEAUX ET LA NOTION DE SERVICE PUBLIC

Le 30 mars 1916, le Conseil d'Etat rendait son célèbre arrêt du Gaz de Bordeaux ¹ :

On se rappelle l'espèce : la Compagnie d'éclairage de Bordeaux était devenue, par traité en date du 8 mars 1904, concessionnaire de la distribution et de la vente du gaz et de l'énergie électrique, dans toute l'étendue du territoire de Bordeaux. A la suite de la guerre, le prix du charbon, matière unique et première qui sert à la fabrication du gaz monta dans des proportions considérables :

¹ 1. *Revue de droit public*, 1916, p. 220 (avec les conclusions de M. Char-denet) ; *Recueil*, p. 135 ; S., 1916.3.17 (Note Hauriou).

la tonne qui coûtait en janvier 1915 : 35,83, coûtait en décembre 1916 : 73,450. Au moment du traité de 1904, la tonne de charbon coûtait 23 fr. La Compagnie prétendait qu'elle ne pouvait plus, dans ces conditions, continuer à assurer le service dans les termes du contrat de 1904. La Ville de Bordeaux n'accueillit pas sa demande ; le Conseil de préfecture de la Gironde donna raison à la ville.

Et c'est dans ces conditions que le Conseil d'Etat rendit son arrêt. Il accorda à la Compagnie une indemnité, à déterminer par le Conseil de préfecture « en tenant compte de tous les faits de la cause ... à raison des circonstances extra-contractuelles dans lesquelles elle aurait dû assurer le service pendant la période envisagée ».

On voit que le Conseil d'Etat n'a pas osé aller jusqu'à réviser le contrat. Il souhaite la révision, il invite les parties à se mettre d'accord, et ce n'est qu'à défaut de cet accord que le conflit sera réglé par la fixation d'une indemnité à verser au concessionnaire.

Cette solution si heureuse donnée par le Conseil d'Etat souleva d'importantes polémiques. Des auteurs soutinrent que la procédure ainsi fixée était tout à fait contraire aux principes. Mais nous n'entrerons pas dans ces controverses car le succès et l'extension de la théorie les rendraient aujourd'hui tout à fait vaines.

Néanmoins, la doctrine de l'arrêt du Gaz de Bordeaux a apporté dans notre droit une innovation considérable : alors que jusqu'ici la doctrine et la jurisprudence admettaient que le lien contractuel ne pouvait être rompu que par l'impossibilité où se trouve le débiteur d'accomplir ses obligations, pour le Conseil d'Etat, lui, dans sa nou-

velle théorie, la très grande difficulté éprouvée par le co-contractant de l'administration à les accomplir devait entraîner un adoucissement à sa situation. Mais le Conseil d'Etat, pour étayer sa thèse, si exorbitante qu'elle fût des principes généraux, pouvait invoquer des arguments décisifs, d'ordre juridique et d'ordre pratique.

Les arguments d'ordre juridique découlent de la nature tout à fait particulière des contrats de l'Administration. Il s'agit en effet d'un service public et l'« idée » de service public est intimement liée avec celle du « procédé du droit public ». C'est-à-dire qu'au lieu d'être soumis aux règles strictes du droit privé, les services publics qui, par ailleurs, bénéficient de certaines prérogatives, sont soumis à des règles inspirées de cette idée essentielle, la prééminence de l'intérêt général. L'intérêt général est le but vers lequel doivent converger tous les services publics et c'est l'intérêt général qui justifie des exceptions, comme celle de l'imprévision.

Quel était l'intérêt général dans un conflit comme celui qui opposait la ville de Bordeaux et sa Compagnie gazière : c'est de toute évidence que la distribution du gaz continuât d'être assurée aux habitants. Les conséquences de l'interruption de tels services pendant la guerre auraient été désastreuses. La nécessité de la continuité du service public permet, impose même, des dérogations au droit contractuel ordinaire. C'est ce que M. Hauriou¹ appelle la subordination dans la concession de « l'élément contrat » à « l'élément entreprise de service public ». M. Hauriou emploie encore une autre formule saisissante pour exprimer cette idée : « stabilité du service ; flexibilité du contrat ».

1. Notes dans S., 1916.3.17, S., 1920.3.25 et S., 1923.3.33.

Le concessionnaire ne se trouve pas en face de l'administration dans la position d'un contractant ordinaire envers son co-contractant. Le conflit d'intérêt qui oppose, nous l'avons vu, créancier et débiteur dans un contrat ordinaire n'existe pas dans le contrat de concession ; ou, en tous cas, il est masqué par le fait que concessionnaire et administration concourent à un but commun : le bon fonctionnement du service. La question si difficile à résoudre dans les contrats de droit privé, de savoir qui l'on doit sacrifier, du débiteur écrasé par le fait imprévisible ou du créancier ne se pose pas, puisque en avantageant le concessionnaire, on donne en même temps satisfaction à l'administration.

A la justification de la théorie de l'imprévision en droit administratif par de très forts motifs juridiques se joignaient des considérations pratiques peut-être encore plus importantes.

Si on laissait en effet les compagnies concessionnaires subir les charges très lourdes qui leur incombaient du fait de la guerre, il faut bien voir qu'on serait arrivé, après un temps plus ou moins long, suivant l'importance des compagnies et la quantité de leurs réserves, à la ruine des compagnies et par conséquent à la cessation du service, en un mot la force majeure serait venue les dégager complètement de leurs obligations.

Il aurait bien fallu à ce moment-là confier l'exploitation à l'administration. M. Chardenet¹ soulignait les inconvénients de cette solution : « Est-il besoin de mon-
« trer qu'elle ferait supporter par le concédant toutes les
« conséquences résultant des événements de force
« majeure, des difficultés exceptionnelles rencontrées

1. Conclusions citées sous *Gaz de Bordeaux*.

« et imprévues lors de la passation du contrat ». De plus l'administration se serait trouvée encore moins préparée à l'exploitation qu'en temps de paix ; elle aurait manqué de personnel, de méthodes et d'expérience.

Mais, si fortes, si décisives que soient les considérations juridiques et pratiques invoquées par le Conseil d'Etat pour l'établissement de sa nouvelle jurisprudence, une théorie aussi exorbitante du droit commun ne peut être admise que d'une façon restrictive ; le Conseil d'Etat soumet en effet l'application de la théorie de l'imprévision à un certain nombre de conditions très importantes.

CHAPITRE II

CONDITIONS REQUISES POUR L'APPLICATION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION : LE CONCESSIONNAIRE NE DOIT PAS INTERROMPRE LE SERVICE.

« En principe, le marché de fournitures, de concession
« règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration,
« les obligations respectives du concessionnaire, du
« concédant, du fournisseur et de l'administration. Le
« concessionnaire, le fournisseur est tenu d'exécuter
« dans les conditions qui y sont précisées et moyennant
« la rémunération stipulée ». Par cette formule qui est
celle de l'arrêt du Gaz de Bordeaux et qui a été souvent
reproduite dans d'autres arrêts relatifs à l'imprévision,
le Conseil d'Etat sanctionne l'obligation du concession-
naire d'exécuter ses obligations dans les termes mêmes
que pourrait employer un tribunal civil et selon les
principes généraux du droit. Cela veut dire que quelle
qu'en soit devenue la difficulté d'exécution : « *le contrat
subsiste* ».

Conformément encore au droit commun des contrats,
le concessionnaire est libéré par la force majeure, c'est-à-
dire par l'impossibilité absolue où il se trouve par suite
d'événements indépendants de sa volonté d'exécuter ses
obligations. Le droit public a, de la force majeure, la
même conception que le droit privé. Il la soumet aux
mêmes conditions et n'admet la libéralité du débiteur
que si ces conditions sont exactement réalisées.

Mais la très grande différence entre la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative réside en ceci : alors que le débiteur de droit privé ne connaît jamais aucun adoucissement à sa situation, si accablante qu'elle soit devenue, et si même il est acculé à la ruine, au contraire, nous l'avons dit : « le contractant (de l'administration) a « le droit d'exiger de l'administration une certaine participation aux pertes d'exploitation »¹ si des événements exceptionnels, indépendants de la volonté des parties, imprévisibles, ont bouleversé son contrat.

Mais, pour que ces événements puissent venir lui donner droit à cette indemnité, le contractant de l'administration doit remplir une condition préalable et *sine qua non* : il ne doit pas interrompre son service². S'il interrompt sa collaboration, en dehors du cas d'impossibilité matérielle d'exécuter, il commet la faute la plus grave ; il encourt les sanctions les plus énergiques, il doit des dommages-intérêts et il encourt la résiliation et la déchéance³.

Et ce ne sera que si, malgré les événements exceptionnels bouleversant le contrat « le contractant n'interrompt « pas sa collaboration au service public et fait tous ses « efforts pour continuer cette collaboration dans les « conditions prévues au contrat »⁴ qu'il pourra invoquer la théorie de l'imprévision.

Cette première condition est, on le voit, une condition purement négative. Il en est encore de même d'une deuxième condition.

1. Jèze, « Théorie générale des contrats de l'administration », *R.D.P.*, 1932, p. 257.

2. Jèze, « Théorie générale des contrats de l'administration » *R.D.P.*, 1932, p. 258.

3. Jèze, « Théorie générale des contrats de l'administration », *R.D.P.*, 1932, p. 270.

4. Jèze, *R.D.P.*, 1932, *idem*, Chardenet, conclusions citées.

CHAPITRE III

CONDITIONS REQUISES POUR L'APPLICATION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION (*suite*) : IL FAUT UN ÉVÉNEMENT TOUT A FAIT INDÉPENDANT DE LA VOLONTÉ DES PARTIES CONTRACTANTES

Il faut un événement indépendant de la volonté de l'administration. Il ne faut pas qu'il s'agisse d'un *fait du prince*. Le fait du prince, c'est le fait de l'administration qui aggrave volontairement les charges du concessionnaire et qui a ce droit d'une façon quasi discrétionnaire, à charge pour elle d'indemniser le concessionnaire. Le fait du prince, selon l'expression de M. Latournerie¹, dans ses conclusions dans l'affaire des Scieries africaines, c'est « le geste célèbre du guerrier gaulois jetant son épée dans la balance ». Le fait du prince constitue l'aléa administratif, alors que les faits qui donnent lieu à la théorie de l'imprévision constituent l'aléa économique. Il importe de distinguer entre l'aléa économique et l'aléa administratif au point de vue de la réparation offerte dans les deux cas pour le dommage causé au concessionnaire et qui est fixée de façon tout à fait différente : dans un cas il s'agit de la réparation intégrale d'un préjudice, et dans l'autre d'une simple participation de l'administration à des pertes éprouvées par son contractant.

1. Affaire des scieries africaines, Conseil d'Etat, 9 mars 1928, *R.D.P.*, 1927, p. 326.

De même le fait du contractant ne peut jamais donner lieu à la théorie de l'imprévision. Il serait vraiment extraordinaire qu'un bouleversement du contrat causé par la faute ou le fait du débiteur, par sa mauvaise gestion, son imprudence puisse entraîner l'obligation de l'administration de participer à la perte que le concessionnaire subit ainsi ¹.

1. C. d'Etat, 18 février 1921, Compagnie générale d'éclairage de Castelnau-dary, *Rec.*, p. 191 ; C. d'Etat, 8 mai 1925, Compagnies Réunies du gaz et de l'électricité, *D.*, 1927.3.17 avec la note de Closset.

CHAPITRE IV

CONDITIONS REQUISES POUR L'APPLICATION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION (*suite*) : CARACTÈRE D'IMPRÉVISION DE L'ÉVÉNEMENT DONNANT LIEU A L'APPLICATION DE LA THÉORIE

Nous arrivons maintenant à la condition qui semble, au premier abord, la plus importante, puisque c'est celle même qui a donné son nom à la nouvelle théorie. Cette exigence du caractère d'imprévision est-elle vraiment, à la différence des deux que nous venons de dire, une condition positive, est-elle le fait déterminant, le criterium de la théorie ? C'est à ces questions si importantes que sera consacré ce chapitre.

On sait pourquoi le Conseil d'Etat a donné ce nom à sa nouvelle théorie, on sait que c'est par respect du principe de l'autonomie de la volonté : l'événement qui est venu bouleverser le contrat étant réputé avoir été « hors des prévisions » des parties lors de la conclusion du contrat, le bouleversement qu'il entraîne est « extra-contractuel » et doit être réglé hors des clauses du contrat. Ainsi semble-t-on appliquer le principe de l'autonomie et suivre la volonté des parties.

Mais le caractère artificiel d'un tel raisonnement nous amène à rechercher si vraiment il correspond en quelque manière à la nature des faits.

I. — *Imprécision du vocabulaire*

Une des premières difficultés à laquelle on se heurte quand on veut définir l'imprévision, c'est l'imprécision du vocabulaire employé.

Que veut dire le mot imprévision ? Est-il synonyme d'un mot déjà employé avant l'apparition de la nouvelle théorie, est-il synonyme du mot imprévisibilité ? L'imprévisibilité, c'est l'impossibilité de prévoir. Au mot imprévisibilité correspond l'adjectif imprévisible.

Or, tous les auteurs, comme d'ailleurs la jurisprudence emploient, parlant de l'imprévision, indifféremment l'adjectif imprévisible et l'adjectif imprévu. Et pourtant il y a entre les deux une grande différence de sens. Car, si imprévisible signifie impossible à prévoir, imprévu signifie simplement « que l'on n'a pas prévu ».

Faut-il donc, pour que la théorie de l'imprévision s'applique selon le raisonnement du Conseil d'Etat, que l'événement venu bouleverser le contrat ait été impossible à prévoir, ou suffit-il au contraire que les parties ne l'aient pas prévu ? Il semble que si importante que soit la distinction, elle n'ait pas été faite par les auteurs. Ils n'y attachent pas toute l'importance qu'au premier abord on croirait devoir y attacher.

Un des mots était déjà employé depuis longtemps dans la théorie de la force majeure : le mot imprévisibilité. Nous allons étudier ce qu'on entendait alors par l'imprévisibilité.

II. — *L'imprévisibilité dans la théorie de la force majeure*

On sait que pour qu'un débiteur soit complètement libéré malgré l'inexécution de ses obligations, il faut

qu'il se soit heurté à une impossibilité. Mais la jurisprudence et la doctrine, soucieuses avant tout de ne pas relâcher trop facilement le lien contractuel, ne libèrent le débiteur que s'il n'a commis aucune faute. Or, la faute, en matière d'impossibilité consiste à ne pas l'avoir prévue ou à n'y avoir pas résisté quand il en était encore temps. Selon l'expression de M. Radouant¹ : l'irrésistibilité et l'imprévisibilité sont des « qualités » requises pour l'efficacité de l'impossibilité d'exécuter. De ces deux qualités, il faut tout de suite constater que la première est infiniment plus claire que la seconde ; il sera assez facile, par exemple, pour le tribunal de se rendre compte si un patron pouvait empêcher la grève. Il en est tout autrement de l'imprévisibilité. Elle pourrait peut-être se ramener à l'irrésistibilité car « prévoir donne « très souvent le moyen de résister »². De même Demogue³ : « En général quand le danger est prévisible, il « peut être conjuré ». L'imprévisibilité apparaîtrait comme « un indice d'irrésistibilité ».

Mais il y a une autre raison d'exiger l'imprévisibilité : elle est très bien mise en avant par M. Esmein⁴ : « Si « l'empêchement était à prévoir, le débiteur a eu tort, « ou bien de ne pas envisager ce qui devait être prévu « ou bien de s'engager à ce qu'il prévoyait devoir être « impossible » (ce second cas d'ailleurs constitue bien une faute du débiteur qui l'empêchera d'invoquer la force majeure, mais se rattache mal à l'exigence de l'imprévisibilité puisque, justement et par hypothèse, le débiteur a prévu).

1. Radouant, *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, Paris, 1920, p. 140 ; *id.*, p. 166.

2. Radouant, thèse citée, p. 178.

3. Demogue, *Traité des obligations*, t. VI, N° 539.

4. Dans Planiol et Ripert, t. VII, N° 840, p. 147.

Ainsi donc, « la qualité d'imprévisibilité » fera défaut et le débiteur en faute ne pourra invoquer la force majeure dans un seul cas : il a eu tort de ne pas prévoir ce qu'il devait prévoir.

Quels sont donc, d'après la jurisprudence, les événements qu'un contractant doit prévoir ? La jurisprudence s'attachera par exemple à la fréquence ou à la rareté de l'événement : dans les charbonnages, on doit prévoir les grèves ¹, un fermier doit prévoir le mildew ², les compagnies de chemin de fer, l'agression des voyageurs en wagon ³... Ne constituent pas des faits imprévisibles et par conséquent les débiteurs sont en faute de n'avoir pas prévu certains événements normaux : l'encombrement des transports par les transports de pommes à l'époque où l'on fait le cidre ⁴ en Normandie. Enfin, il y a des événements ordinaires : la rareté ou l'enrichissement d'un produit, l'arrêt d'un navire dans le port à cause des mesures sanitaires ⁵ ... La jurisprudence s'attachant à des considérations de fait, considérant le marché, l'époque où s'est conclu le contrat déclare que le débiteur est en faute d'avoir contracté sans avoir prévu telles ou telles éventualités qu'il était pourtant facile et raisonnable de prévoir. Dans ce cas, le débiteur n'est pas libéré par l'impossibilité d'exécuter, il devra des dommages-intérêts.

On voit quelle portée restreinte avait dans notre droit la notion d'imprévisibilité. Comme le dit M. Demogue ⁶ « l'imprévisibilité a une valeur, en tant que faute à

1. Trib. com. Hazebrouck, 18 janvier 1890, D., 91.3.24.

2. Trib. civ., Narbonne, 30 mars 1897, D., 97.2.422.

3. Trib. com. Marseille, 22 avril 1887, S., 87.2.230.

4. Rouen, 22 mai 1909, S., 10.2.244. — V. aussi Montpellier, 14 juin 1873, D., 73.2.236, D., 74.2.117, D., 75.1.367.

5. Paris, 25 avril 1862, D., 1863.1.80.

6. Demogue, *op. cit.*, t. VI, N° 539.

« contracter ». M. Esmein ¹, lui, donne cette même importance réduite « que l'irresponsabilité trouve son fondement dans l'impuissance à exécuter (irrésistibilité) ou dans l'imprévisibilité, elle ne peut être définie de façon complète et pratique que par opposition à la faute. « *Il y a force majeure ou cas fortuit quand l'inexécution n'est pas imputable à faute au débiteur* ». Sur la force du lien contractuel repose la sécurité des affaires. Il ne peut être rompu quand le débiteur a commis la faute de ne pas prévoir qu'un événement pourtant fréquent et normal pourrait l'empêcher d'exécuter. Voilà quelle était, lors de l'introduction de la théorie dite de l'imprévision dans notre droit la notion d'imprévisibilité.

Et on peut maintenant définir le mot imprévisible : est imprévisible, pour la jurisprudence, l'événement tel que les tribunaux estiment, d'après des considérations de faits variables et d'ailleurs contradictoires que le débiteur n'est pas en faute de ne l'avoir pas prévu. La notion d'imprévisibilité est donc, d'après la jurisprudence en matière de force majeure, une notion essentiellement empirique et négative. Quand les tribunaux jugeront qu'un événement est imprévisible (d'après la définition que nous venons de donner) le débiteur peut bien invoquer la force majeure, mais il ne réussira que s'il prouve qu'il y avait impossibilité absolue pour lui à exécuter son obligation. C'est l'impossibilité qui est le fait important ; un événement, même imprévisible, s'il ne constitue pas une impossibilité n'a aucune influence sur les conditions de l'exécution du contrat. Le contrat doit s'exécuter tel qu'il a été conçu et dans toute sa rigueur. L'imprévisibilité d'un événement n'avait donc

1. Dans Planiol et Ripert, t. VI, N° 382, p. 531.

jamais, d'après la jurisprudence, le pouvoir de libérer le débiteur : la prévisibilité a au contraire le pouvoir de l'empêcher d'être libéré.

III. *Imprévisibilité. Imprévision. Imprévoyance*

On voit bien par l'analyse que nous venons de faire de l'exigence de l'imprévisibilité dans la théorie de la force majeure, que les auteurs en employant ce mot imprévisibilité en ont, en réalité, complètement déformé le sens. Imprévisibilité, nous l'avons déjà dit, égale impossibilité de prévoir. Or, aussi bien sur le plan objectif que sur le plan subjectif, il est très difficile de donner une portée juridique à l'imprévisibilité.

Si l'on se place sur un plan absolu (objectif) il est évident qu'humainement parlant, rien n'est imprévisible : n'est imprévisible que l'événement jamais encore survenu. Tous les événements, à propos desquels on a invoqué la théorie de l'imprévision, non seulement sont déjà survenus, mais sont souvent survenus : guerre, révolution, crise économique, grève... Toujours possibles, ils sont nécessairement toujours prévisibles. Donner au mot imprévisible toute sa valeur logique serait donc interdire la libération du débiteur par la force majeure.

Aussi peut-il sembler beaucoup plus logique pour une théorie qui prétend respecter le principe de l'autonomie de la volonté de se placer sur le plan subjectif et de chercher ce que les parties contractantes ont pu — d'après leur qualité d'intelligence, d'instruction, de connaissances politiques — réellement prévoir. Mais on est arrêté par un écueil infranchissable : dans l'impossibilité de pénétrer dans la conscience des parties et dans le silence du contrat toute interprétation de leur volonté est nécessairement

arbitraire. D'ailleurs ce qui importe dans un contrat, nous l'avons dit, c'est la commune intention des parties, c'est leur accord, c'est leur prévisibilité commune qu'il faudrait chercher. On a vu à cet égard à quelles difficultés s'est heurtée l'introduction de la clause *rebus sic stantibus*.

Aussi bien, quand la jurisprudence cherche à déterminer si les qualités requises, pour l'efficacité de la force majeure, existent bien dans tel ou tel cas n'est-ce pas sur la volonté des contractants déterminés qu'elle se base. Comme le dit M. Radouant ¹ « l'appréciation rationnelle de l'imprévisibilité suppose un critérium ... « celui d'un homme type ».

Or, c'est retomber sous la critique que nous avons déjà faite plus haut : il n'est rien, il n'est aucun événement que l'homme-type, c'est-à-dire l'homme raisonnable ne puisse prévoir. D'ailleurs, les différents critères objectifs choisis par la jurisprudence : la fréquence, la normalité de l'événement en question sont essentiellement critiquables. Que dire d'époques comme la nôtre où après la guerre, les crises économiques se succèdent corrélativement à des menaces sociales, et où les menaces de guerre elles-mêmes sont véritablement quotidiennes ? N'y a-t-il pas des époques où les événements réputés les plus rares et les plus anormaux généralement deviennent au contraire, courants ? Toute appréciation par la jurisprudence du caractère imprévisible d'un événement est arbitraire et ne se justifie, nous l'avons dit, que par cette idée que le lien du contrat ne devant être rompu qu'à la dernière extrémité, il ne peut l'être quand les contrac-

1. Thèse citée, Radouant, p. 155. De même Esmein, dans Planiol et Ripert, t. VII, N° 840 p. 147 : « L'imprévisibilité s'apprécie en tenant compte de ce qui devait être raisonnablement prévu ».

tants ont commis la faute de ne pas prévoir certains événements que, cependant, la jurisprudence, elle, juge, d'après des considérations de fait, souvent contradictoires, que les parties devaient prévoir.

Ainsi, sur le plan objectif, comme sur le plan subjectif, la notion d'imprévisibilité est nécessairement à peu près dépourvue d'effets juridiques. Dans son sens absolu, elle est exclusive de tout relâchement, de toute rupture du lien contractuel, dans le sens arbitraire que lui donne la jurisprudence, il y a quelque chose d'antinomique à considérer comme imprévisible un événement qui est déjà survenu souvent.

Aussi serait-il beaucoup plus clair en même temps que plus conforme à la réalité de parler non d'événements « imprévisibles » (que les parties ne pouvaient pas prévoir) mais d'événements « imprévus » (que les parties n'ont pas prévu).

Et c'est en réalité parmi les événements imprévus qui viennent bouleverser le contrat que la jurisprudence fait la distinction arbitraire que nous avons dite et l'on peut distinguer :

Les événements que les parties n'ont pas prévus et qu'elles sont en faute de n'avoir pas prévus ;

Les événements qu'elles n'ont pas prévus, qu'elles auraient pu prévoir (aucun événement n'est imprévisible) mais que la jurisprudence estime qu'elles n'avaient pas à prévoir.

Ainsi rétablies dans leur sens, on peut distinguer trois notions :

L'IMPRÉVOYANCE, le débiteur qui n'a pas prévu certains aléas d'une très grande probabilité a commis une faute. De cette faute il doit subir seul les conséquences.

L'IMPRÉVISIBILITÉ, cette notion là n'a, par sa nature, aucune portée juridique.

Enfin l'IMPRÉVISION, l'imprévision désigne les événements que les parties n'ont pas prévus mais dont on ne pourra leur savoir mauvais gré de ne pas l'avoir fait.

Il semble donc que la jurisprudence en matière de force majeure aurait dû parler d'imprévision. Mais ce qui importe c'est que à l'imprévision (ou à l'imprévisibilité) elle n'attache exactement aucune valeur. L'événement imprévu qui vient modifier les conditions d'exécution du contrat, les rendre plus lourdes pour le débiteur n'a aucune influence sur le contrat. Le débiteur reste tenu, dans les termes du contrat. La preuve d'ailleurs que la jurisprudence n'a jamais attaché à l'imprévisibilité que la valeur négative que nous avons dite, c'est que jamais elle n'a attaché à aucun événement par lui-même, même à la guerre, le pouvoir de constituer la force majeure.

C'est que une seule chose importe : que l'obligation soit devenue impossible. L'événement qui rend l'exécution impossible, sa nature, son caractère sont négligeables. Pourquoi sont-ils négligeables ?

C'est pour cette raison majeure que nous avons dite dans notre première partie, à savoir : que si le débiteur n'a pas prévu toutes les éventualités qui peuvent se produire et modifier l'exécution du contrat, il a au contraire, parfaitement prévu que l'exécution de son contrat serait modifiée. C'est pourquoi aucune modification dans les conditions d'exécution du contrat ne peut entraîner une modification du contrat qui doit demeurer tel que l'ont voulu les parties. Et si le contrat cesse d'être exécuté, si le débiteur peut être libéré, c'est

parce qu'une véritable impossibilité, une impossibilité matérielle s'est produite *et qu'à l'impossible nul n'est tenu*.

IV. *La valeur de l'imprévision dans la théorie dite de l'imprévision est la même que celle de l'imprévisibilité dans la théorie de la force majeure*

Le Conseil d'Etat fait exactement la même distinction que fait la jurisprudence civile, mais il emploie des termes différents et beaucoup plus précis.

Il distingue :

L'ALÉA ORDINAIRE : C'est « la circonstance défavorable dont on peut *raisonnablement* dire que les parties « ont dû en tenir compte dans leurs prévisions. Cet aléa « est supporté par le contractant »¹. On reconnaît là ces événements que la jurisprudence civile estime d'après un homme-type et non d'après les réelles possibilités de prévision des parties devoir être prévus par elles, les événements dont l'imprévision est de l'imprévoyance.

L'ALÉA EXTRAORDINAIRE est « l'événement déjouant « tous les calculs que les parties ont pu faire au moment « du contrat et dépassant les limites extrêmes que les « parties ont pu envisager lors de la passation du contrat, « la circonstance qui en bouleverse l'économie »². Telle est la définition que donnait M. Corneille dans ses conclusions pour l'affaire Fromassol.

Il peut sembler que cette définition de l'aléa extraordinaire de l'événement « imprévisible » est très différente de celle que donne la jurisprudence civile de l'événement imprévu (ou imprévisible dans son vocabulaire) et dont la non-prévision ne constitue pas une faute. Mais si l'on

1. Jèze, *op. cit.*, p. 288.

2. C. d'Etat, 3 décembre 1928. — Fromassol, *R.D.P.*, 1921, p. 80 et 90.

prend la formule généralement reproduite dans les arrêts depuis 1916, on voit que la formule de la haute juridiction administrative est, à peu de chose près, la même que celle de la juridiction civile : « La variation du prix des « matières premières à raison des circonstances économi-
« ques, constitue un aléa du marché. Elle peut, suivant
« le cas, être favorable ou défavorable au fournisseur et
« demeurer à ses risques et périls, chaque partie étant
« réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs
« et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager (aléa
« ordinaire). Il ne peut être dérogé à ces principes, par le
« juge du contrat, *que dans le cas où des circonstances*
« *imprévues* imposent au fournisseur des surcharges
« exceptionnelles » (aléa extraordinaire). On voit que le Conseil d'Etat se contente « de circonstances impré-
« vues »¹.

Les événements qui ont constitué ces « circonstances « imprévues » donnant droit à l'indemnité, ce sont d'ordinaire la hausse des prix des matières premières, des salaires à condition, bien entendu qu'elles dépassent cet aléa que les parties devaient prévoir.

On voit combien il est difficile d'accorder à des événements comme la hausse des prix un caractère imprévu et surtout un caractère imprévisible. Et la difficulté consiste justement dans la question de savoir où finit l'aléa ordinaire et où commence l'aléa extraordinaire.

Il faut bien voir que même pour le Conseil d'Etat, le caractère d'imprévision n'a que très peu d'importance puisqu'il a admis, dans une mesure limitée d'ailleurs,

1. 30 mars 1916, Société du gaz de Bordeaux (cité); 8 février 1918, Société du gaz de Poissy, *Rec.*, p. 128; 3 décembre 1920, Fromassol (cité); 9 novembre 1921, Société des carbures, *R.D.P.*, 1921.4.485 (avec les conclusions de M. Corneille).

l'imprévision relative. Des compagnies avaient passé au début de la guerre des avenants avec l'administration. Les prévisions de ces avenants avaient été dépassées par la suite. « Le Conseil d'Etat a pensé que peut-être les « parties n'avaient pu raisonnablement prévoir le développement des circonstances exceptionnelles qui « s'étaient réalisées par la suite »¹. M. Jèze résume ainsi : « La théorie dite de l'imprévision relative est, en somme, « celle du degré insuffisant des prévisions nouvelles « réformant les prévisions anciennes »². Il est tout de même difficile de croire que si le Conseil d'Etat attachait de la valeur à « l'imprévision » en elle-même, il pourrait en arriver à voir de l'imprévu ou de l'imprévisible se glisser dans un contrat, alors que les parties ont déjà conclu un avenant lors de la survenance de cet événement pour remédier aux bouleversements qu'il entraîne. Quand cet événement est la guerre, peut-on sérieusement admettre que les parties ont pu se méprendre sur son importance ? Comme le dit M. Jèze, la question est « douteuse » : on pourrait bien admettre que la guerre elle-même est imprévue, mais une fois qu'elle est survenue, que les parties se sont mis d'accord sur les modifications qu'elle entraînait, il n'y a vraiment plus rien d'imprévisible dans ses suites.

En réalité, nous trouvons dans la théorie de l'imprévision comme dans celle de la force majeure, la même idée : le lien du contrat ne peut être rompu, ou relâché qu'à bon escient. De même que l'impossibilité ne libérera le débiteur que s'il n'est pas considéré comme en faute de n'avoir pas prévu cette impossibilité, de même la très

1. Jèze, *op. cit.*, p. 291.

2. *Idem.*

grande difficulté d'exécution, le bouleversement du contrat ne donneront lieu à indemnité que s'il ne s'agit pas de l'aléa ordinaire, c'est-à-dire de l'aléa que les parties pouvaient envisager avant de s'engager. De même que dans la théorie de la force majeure, ce qui est important, c'est l'impossibilité d'exécution, dans la théorie de l'imprévision ce qui est important, c'est le bouleversement du contrat, les charges qui viennent peser sur le débiteur.

L'exigence d'imprévision est donc, dans la théorie du Conseil d'Etat, une condition négative : il ne faut pas qu'il s'agisse d'un aléa ordinaire.

Et ce caractère négatif de l'exigence d'imprévision correspond bien à la nature des choses. Il est artificiel en effet de fonder une théorie sur le consentement des parties et sur l'autonomie de la volonté et au lieu de s'occuper réellement de ce que les parties ont voulu et prévu de présumer d'une façon arbitraire ce qu'elles devaient prévoir et ce qu'elles ne sont pas en faute de n'avoir pas prévu. Rechercher *objectivement* la volonté des parties, c'est au point de vue logique une véritable antinomie.

D'ailleurs, cet argument que nous avons donné, après M. Ripert, contre la théorie de l'imprévision, à savoir que l'acceptation nécessaire par les parties de l'aléa, de l'imprévu, est encore plus vrai dans les contrats de concession. En effet, comme le dit M. Hauriou¹, dans un tel contrat : « il y avait l'acceptation par celles-ci (les « parties) de l'institution du service public qui, elle, est « génératrice de risques illimités ».

Et la meilleure preuve que le Conseil d'Etat n'attache

1. Hauriou, « L'imprévision dans les contrats dominés par les institutions sociales », dans *Aux sources du droit*, 1933.

pas à l'imprévision plus d'importance qu'il ne faut, c'est que dans le règlement de l'indemnité à verser par l'administration au concessionnaire, il cesse d'appliquer d'une façon absolue cette idée que ce qui est imprévu est extracontractuel. Il mélange au contraire le contrat et la charge soi-disant extracontractuelle.

CHAPITRE V

CONDITIONS REQUISES POUR L'APPLICATION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION : LE BOULEVERSEMENT DE L'ÉCONOMIE DU CONTRAT

Ce qui fait, nous l'avons dit, la très grande différence entre la théorie de la force majeure et la théorie de l'imprévision c'est que, alors que, pour que l'une trouve son application il faut une véritable impossibilité, pour l'autre au contraire, il suffit d'un bouleversement de l'économie du contrat.

Mais il faut un bouleversement du contrat extrêmement grave. En effet, si le contrat ne subit qu'un bouleversement léger, le Conseil d'Etat considérera qu'il s'agit d'un aléa normal, que les parties devaient prévoir et dont il n'y a pas de raison de chercher à les dispenser. Si au contraire, le bouleversement est important, ce bouleversement pourra donner lieu à une indemnité, et on entend bien que c'est l'importance même de ce bouleversement qui ouvrira droit à indemnité et non son caractère imprévu ; il suffit, nous l'avons dit, qu'il ne soit pas considéré par le Conseil d'Etat comme devant avoir été prévu.

Mais la première question qui se pose, c'est celle de savoir à partir d'où un bouleversement considéré d'abord comme devant être entré dans la prévision des parties

devient assez important pour que la théorie puisse s'appliquer. D'après le vocabulaire du Conseil d'Etat, il faut qu'il dépasse le prix limite.

Le prix limite, c'est « le prix maximum que les parties « avaient pu envisager lors de la conclusion du contrat »¹. Au-dessus du prix limite s'ouvre la période dite d'imprévision².

Et c'est justement là que l'on voit combien parler d'imprévision est artificiel. Pourquoi un bouleversement considéré comme prévisible jusqu'à une certaine quotité, devient-il subitement imprévisible au delà de cette quotité ? Evidemment l'article 1150 du Code civil semble faire la même différence : mais il faut considérer que le législateur a été inspiré par le seul désir de ne pas accabler un débiteur non-dolosif et que pour obtenir ce but, il a employé un moyen quelque peu arbitraire. Mais quoiqu'il en soit de cet article très obscur, très controversé et somme toute très peu appliqué par la jurisprudence³, le raisonnement du Conseil d'Etat est lui aussi arbitraire.

Le Conseil d'Etat avait un but : assurer la continuité du service public. Ce but, les prérogatives du droit public lui permettent de l'obtenir, sans qu'il ait trop à se soucier du Code civil. Il considère qu'un bouleversement de la situation du concessionnaire est une chose désastreuse. A l'inverse, il considère qu'on ne peut venir en aide au concessionnaire que s'il en a vraiment besoin. Il faudra que le bouleversement soit très important. Et comme il faut bien fixer à partir de quand, de quelle quotité il en est ainsi, il fixe arbitrairement un prix limite.

1. Conseil d'Etat, 8 août 1924, Société d'Eclairage de Brive, *Rec.*, p. 818.

2. Alibert, *L'imprévision dans les concessions de service public*, Paris, jurisclasseur, 1926, p. 15... « le prix est une sorte de question préalable « qui ouvre ou ferme la procédure de compensation ».

3. V. plus haut, p. 14 et suiv.

Ce prix est en effet fixé d'après des considérations de faits qui peuvent être extrêmement variables : les conclusions des experts peuvent être très différentes. Il en était ainsi dans l'affaire des Automobiles postales : « Cet aléa « ordinaire, ils (les experts) l'ont fixé à 10 %. Le chiffre « de 10 est celui de la majorité des experts. L'expert dissident le fixe à 5 %. L'opinion de la majorité des experts « se fonde sur un motif extrêmement plausible : c'est que, « puisqu'on trouve finalement un bénéfice de plus de « 30 %, un pourcentage aussi élevé ne peut s'expliquer « que par l'importance du risque, c'est-à-dire de l'aléa « envisagé, mais le dissident leur répond que son aléa « de 5 % est basé sur la fixité des cours à l'époque de la « signature du contrat et sur les dispositions prises pour « la Compagnie pour se couvrir par des polices ou des « engagements de fournitures à longue durée ... »¹.

Quoiqu'il en soit du moment même où cette perte est estimée être devenue assez importante pour ouvrir la période d'imprévision, ce qu'il faut, c'est qu'il y ait une perte. Le concessionnaire pourra être indemnisé du *damnum emergens*, il ne le sera jamais du *lucrum cessans*. Cette solution est certaine depuis l'affaire des automobiles postales². On la justifie quelquefois en disant que le manque à gagner « est toujours un aléa normal » tandis que la perte serait un aléa extraordinaire. N'est-il pas beaucoup plus simple de dire que si l'on vient indemniser le concessionnaire de la perte qu'il fait, c'est que c'est à ce moment seulement que peut commencer le désordre dans le service public, tandis que le simple manque à gagner n'a aucun effet sur le service public.

1. Conclusion de M. Corneille, *R.D.P.*, 1921.

2. Conclusions de M. Corneille, Conseil d'Etat, 24 novembre 1921, *R.D.P.*, 1921, p. 504 et suiv.

Une perte est, en effet, dans un contrat à aussi longue échéance que la concession, un aléa tout à fait aussi ordinaire que le manque à gagner.

Donc, ce qu'il faut, ce qui détermine l'application de la théorie de l'imprévision, c'est une perte subie par le concessionnaire et une perte assez importante pour qu'elle puisse en arriver à amener une cessation, un jour ultérieur, du service. Voilà l'essentiel de la théorie.

Nous allons voir, dans un autre chapitre, comment le Conseil d'Etat évalue cette perte qu'il appelle la charge extracontractuelle.

CHAPITRE VI

ÉVALUATION DE LA CHARGE EXTRA CONTRACTUELLE

Si le Conseil d'Etat avait poussé jusqu'au bout l'idée qui l'inspira, à savoir que le concessionnaire subit une perte « imprévisible », « une charge extracontractuelle » qui n'a rien à voir avec le contrat, il aurait dû régler cette charge extracontractuelle, sans s'occuper du contrat. Or, il n'en est rien.

Et d'abord, la marge de hausse prévisible (l'aléa ordinaire) n'est pas déduite du déficit. « Elle sert uniquement « à fixer le point de départ de la période extra-contractuelle. Les experts n'auront pas à déduire, du déficit « total, la part qui correspondait à la hausse jugée prévisible, du combustible »¹.

Pour estimer la charge extracontractuelle, le Conseil d'Etat considère *tout le contrat* « les résultats obtenus « pendant la période extracontractuelle dans l'ensemble « du service ». Il faut tenir compte, si la concession les a visés tous les deux, à la fois du gaz et de l'électricité²; tenir compte également, le cas échéant, d'une redevance payée à la Compagnie du gaz qui a cédé le service de l'électricité³; ou des avantages tirés d'opérations acces-

1. Jèze, *op. cit.*, p. 298.

2. C. d'Etat, 27 juin 1919, Société du Gaz et de l'électricité de Nice, *Rec.*, p. 596.

3. C. d'Etat, 30 décembre 1927, Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz.

soires, des sous-produits¹. On doit comprendre également « au nombre des charges qui doivent être rattachées des recettes, l'annuité nécessaire permettant au concessionnaire de renouveler l'outillage devenu inutilisable avant la fin de la concession »².

La jurisprudence du Conseil d'Etat a fait de cette idée que l'on doit considérer tout le contrat pour évaluer la charge extracontractuelle une application qui démontre bien le peu d'importance qu'il attache au caractère soi-disant imprévisible des événements. Il s'agissait d'une Compagnie de chemins, de fer³, qui, aux termes d'une convention de 1883 devait participer aux travaux de superstructure de lignes pour une somme de 25.000 fr. par kilomètre. Le remboursement par l'Etat de ces dépenses était limité par un maximum forfaitaire de 90.000 fr. par kilomètre, *l'excédent devant rester à la charge de la Compagnie*. Or, en 1925, le coût kilométrique qui, avant 1914 n'excédait pas 65.000 en atteignait pour certaines lignes 850.000. Il semble bien là qu'on pouvait parler d'imprévision, de marge prévisible largement dépassée. Cependant le Conseil d'Etat refusa d'appliquer la théorie de l'imprévision parce que, en 1921, était intervenue la création du fonds commun des Chemins de fer. D'après ce régime, l'équilibre financier de l'exploitation « est garanti au moyen du fonds commun ». *Donc, la Compagnie ne peut plus subir de pertes bouleversant l'économie du contrat*. Et la conclusion, c'est que le caractère d'imprévision n'a par lui-même aucune importance,

1. C. d'Etat, 20 janvier 1928, Ville de Pézenas, *Rec.*, p. 93.

2. C. d'Etat, 6 août 1938, Ville de Libourne, *Rec.*, p. 1075.

3. C. d'Etat, 28 mars 1930, Ministre des Travaux publics. — *R.D.P.*, 1930, p. 728 avec les conclusions de M. Josse. M. Josse dit notamment : « Aucun doute que la hausse qui s'est produite ne pouvait être prévue. Il faut en outre qu'il en résulte un bouleversement du contrat ».

que c'est le bouleversement du contrat qui peut seul déterminer la nouvelle théorie à s'appliquer.

Si, pour déterminer s'il y a perte, on considère l'ensemble du contrat, on ne compense pas cependant les périodes de déficit avec les périodes de bénéfices¹, c'est ainsi qu'on aboutit à rendre définitive l'indemnité d'imprévision². On tient compte au contraire de ces dernières pour la répartition de la charge. C'est ce que nous verrons maintenant.

1. C. d'Etat, 27 juin 1919, Société du Gaz de Nice, *Rec.*, p. 574.

2. M. Jèze, *op. cit.*, p. 311. — V. aussi la thèse de M. Foulon sur le caractère provisoire de la notion d'imprévision (1938).

CHAPITRE VII

RÉPARTITION DE LA CHARGE EXTRA CONTRACTUELLE

La charge que fait subir la hausse des prix sur le concessionnaire est extracontractuelle, nous dit le Conseil d'Etat. Comment va-t-il donc répartir une telle charge, sur quels principes va-t-il se baser ? Il nous répond qu'il va le faire « d'après l'interprétation raisonnable du contrat ». C'est ce qu'il appelle l'*équité*. Et c'est parce qu'il s'inspire d'une idée d'équité qu'il fait entrer en ligne de compte pour cette répartition des éléments négligés pour la détermination du déficit. C'est ainsi qu'il tient compte « des bénéfices réalisés au cours de certains « exercices depuis le début de la période extracontractuelle »¹; « des bénéfices réalisés par le contractant dans l'exploitation d'une usine qui ne peut être regardée comme une annexe du service public concédé »².

On peut résumer ainsi la conception du Conseil d'Etat : il résulte de la nature du contrat de concession, contrat à très longue échéance, que le contractant ne doit pas faire de pertes lourdes. C'est pourquoi le concédant lui viendra en aide, aux moments critiques. Mais à l'inverse, il ne faut pas non plus que les risques soient pour le concé-

1. C. d'Etat, 23 juin 1926, Compagnie générale pour l'éclairage, *Rec.*, p. 633.

2. *Idem*.

dant tout seul ce serait très mauvais pour le service, car le concessionnaire n'aura pas d'intérêt à bien gérer. C'est pourquoi on doit lui laisser une partie de la perte. Mais l'administration généreuse en prend pour elle la plus grande partie : ainsi l'exige l'intérêt bien entendu du service.

CHAPITRE VIII

GÉNÉRALISATION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

La question qui se posa après l'arrêt du Gaz de Bordeaux fut de savoir si la nouvelle théorie ne devait s'appliquer qu'à la crise passagère, causée par la guerre, ou s'il s'agissait d'une théorie générale susceptible de remédier à toute charge subie par un contractant de l'administration, même en dehors de la guerre.

On entend bien qu'il ne s'agit pas de savoir si tous les exercices financiers qui se succéderont seront régis par la théorie de l'imprévision jusqu'à la fin du contrat. Evidemment non : de deux choses l'une, ou l'événement qui a ouvert pour telle concession la période dite d'imprévision, a pris un caractère permanent et la hausse est devenue définitive et alors le service n'étant plus viable, c'est la théorie de la force majeure qui va s'appliquer et le contrat sera résilié ; ou, ayant franchi la passe difficile, le service reprend son équilibre et le contrat continue à s'appliquer tel qu'il a été conclu par les parties. En un mot « La théorie de l'imprévision n'est qu'un point, un *modus vivendi* provisoire ». La théorie de l'imprévision « a été imaginée pour franchir une période critique, « momentanée »¹.

1. C. d'Etat, 9 décembre 1931, Compagnie des tramways de Cherbourg, *Rec.*, 1932, p. 1051. — Arrêt voisin du 12 octobre 1934, *Rec.*, p. 912 : sur le caractère définitif de la concurrence entre le rail et la route. — Même doctrine dans un décret-loi du 23 octobre 1935 et du 28 août 1937 sur les services de transports publics. — Cf. la thèse de M. Jean Foulon, sur le caractère provisoire de la notion d'imprévision, Paris, 1938.

La question est de savoir si la théorie n'était applicable qu'à la période critique de la guerre, ou si elle est applicable à toute période critique et en second lieu si elle est applicable à tous les contrats administratifs.

Pour certains auteurs, la théorie de l'imprévision aurait déjà eu des antécédents avant la guerre : il s'agit d'affaires où des entrepreneurs de Travaux publics s'étaient trouvés dans l'exécution des travaux « aux prises avec « des difficultés considérables tenant à la rencontre de « nappes d'eau d'une importance exceptionnelle »¹. Malgré le prix forfaitaire, le Conseil d'Etat accorda une indemnité. S'agit-il d'une indemnité pour imprévision ? Pour M. Jèze², il ne s'agit que d'« une application de la « théorie générale du fait du prince. L'administration « est amenée à imposer à l'entrepreneur des ouvrages « inattendus ». Un autre précédent est retenu par M. Waline³ : la révision d'une offre de concours quand les conditions prévues ont été bouleversées⁴. D'ailleurs que le Conseil d'Etat ait appliqué ou non, avant la guerre, une théorie ressemblant à celle de l'imprévision, ce n'est qu'après la guerre qu'il édifia, peu à peu, sa théorie générale.

Le Conseil d'Etat qui n'avait admis tout d'abord que la hausse de prix du charbon, élargit en 1919, par l'arrêt de la Société du gaz de Nice⁵ sa conception : c'est désormais « tout fait économique » et c'est d'ordinaire la hausse des prix des matières premières, des salaires⁶.

A cette généralisation du fait donnant lieu à la théorie,

1. C. d'Etat, 3 février 1905, Ville de Paris, *Rec.*, p. 1905.

2. Art. cité, p. 285.

3. Waline, *Droit administratif*, 1936, p. 671.

4. D., 87.3.28.

5. C. d'Etat, 27 juin 1919, Société du Gaz de Nice, *Rec.*, p. 57.

6. V. pour un cas particulier, chap. 9 : La réciprocité de l'imprévision »

se joint une généralisation des contrats auxquels elle s'applique. Elle s'appliqua d'abord, nous l'avons dit, à des concessions de service public, mais c'est à toutes les concessions de service public, aussi bien aux concessions de transports qu'aux concessions de gaz et d'électricité. En 1917-1918, la question se posa de savoir si la théorie s'appliquait à d'autres contrats administratifs qu'à la concession. Il fut répondu affirmativement d'abord pour les marchés de fournitures continus et multiples passés par l'Etat ¹. Puis aux contrats administratifs de fournitures simples ², quoiqu'en fait pour ceux-là les conditions soient difficiles à réunir. La théorie s'applique de même aux marchés de Travaux publics à prestations multiples ou à prestation unique, avec pour ces derniers la même difficulté que pour les marchés de fournitures simples.

Donc nous constatons d'une part que toute crise peut déterminer l'ouverture du droit à indemnité si elle bouleverse le contrat. C'est la hausse du prix de revient qui constitue cette crise. Il n'y a pas que la guerre qui puisse le faire hausser ³. Après la guerre, il y a eu la crise économique, des dévaluations, une très grande hausse générale des prix. A côté de cette généralisation dans le temps, nous constatons d'autre part une généralisation dans l'espace, en ce sens que la théorie s'applique à tous les contrats administratifs.

Que dire de cette généralisation ? Est-elle conforme à

1. C. d'Etat, 20 juillet 1917, Compagnie générale des automobiles postales, *Rec.*, p. 585.

2. Jèze, *R.D.P.*, 1932, p. 276. Conclusions de M. Corneille, sous C. d'Etat, 8 février 1918, Société d'éclairage de Poissy, *R.D.P.*, 1918, p. 246. — Montmerle, *Imprévision et marchés*.

3. A vrai dire, depuis la guerre, on trouve surtout des arrêts où tout en reconnaissant que la crise aurait pu motiver l'application de la théorie de l'imprévision, le Conseil d'Etat cependant n'accorde pas d'indemnité, parce que, en fait, les conditions exigées ne sont pas réunies. Ainsi, 1935, *Rec.*, p. 513, commune de Pibrac.

l'évolution du droit administratif, tend-elle au mieux-être des services publics ? Ou au contraire, comme le soutiennent certains auteurs, n'est-ce pas une solution de facilité qui en diminuant les risques du concessionnaire peut l'inciter à relâcher sa gestion ?

On peut invoquer en faveur de la première opinion celles de deux grands auteurs, celle de M. Waline et celle de M. Jèze.

Pour M. Waline ¹, non seulement il se réjouit de l'extension en droit administratif d'une théorie de l'imprévision, mais il estime qu'il s'agit d'une théorie générale, exigée par l'équité et dont seule la timidité du juge judiciaire retarde le progrès.

Mais M. Jèze ² ne se contente pas d'invoquer des considérations d'équité, il démontre que la théorie de l'imprévision est d'une excellente politique dans les rapports entre l'administration et ses contractants. Il nous faut reproduire son opinion : « Il semble, dit-il, que le Conseil
« d'Etat ait voulu construire une théorie d'application
« générale et permanente pour tous les cas d'événements
« exceptionnels bouleversant l'économie du contrat.
« C'est l'intérêt bien entendu de l'administration. Pour
« qu'elle trouve des collaborateurs honorables, faisant
« face à leurs engagements, déployant tous leurs efforts
« pour assurer la marche des services publics, il faut les
« garantir largement contre les aléas extraordinaires.
« Financièrement, les conditions pécuniaires du contrat
« seront d'autant plus faciles pour l'administration et
« par suite pour les usagers que les risques courus par le
« contractant seront moins grands. Si le Conseil d'Etat

1. Waline, *op. cit.*, p. 671.

2. Jèze, *R.P.D.*, 1932, p. 326 et 327.

« avait été plus strict dans la répartition de la charge
« extracontractuelle, s'il avait rapproché l'imprévision
« de la force majeure et laissé le plus gros fardeau au
« contractant, cette jurisprudence aurait été subie par
« les contractants en cours de contrat. Mais lors de la
« conclusion de nouveaux contrats, l'effet de cette juris-
« prudence sévère se serait fait sentir, par des conditions
« plus dures exigées par les contractants ».

Ainsi nous voyons l'extension prise par la théorie de l'imprévision. Une pareille extension ne peut se faire qu'aux dépens des premiers principes qui avaient déterminé l'apparition de la théorie. Et c'est la déformation lente de la théorie, plus ou moins nette, plus ou moins appuyée que nous allons voir dans les chapitres suivants.

CHAPITRE IX

LA RÉCIPROCITÉ DE L'IMPRÉVISION

Le 20 juillet 1917, le Conseil d'Etat ¹ appliqua à l'Etat, nous dit l'annotateur anonyme du Sirey, le bénéfice de l'imprévision. Il confirma par un deuxième arrêt dans la même affaire, celle de la Compagnie générale des automobiles postales ², sa nouvelle jurisprudence. Il le fit encore notamment en 1922, dans l'affaire de la Commune de Méry-sur-Seine ³. C'est ce qu'on appelle, avec M. Alibert ⁴, la théorie de la réciprocité de l'imprévision.

Voici quelle était l'espèce dans l'affaire des Automobiles : l'article 3 du Cahier des charges garantissait à la Compagnie un minimum de rétribution. Ce minimum sanctionnait pour l'Administration des Postes son droit d'apporter au service toutes les modifications qu'elle pourrait juger convenables « sous la réserve expresse que « la redevance mensuelle ne soit pas inférieure » à une certaine somme.

Le Conseil d'Etat repoussa la requête de la Compagnie par laquelle elle demandait le paiement de la différence entre le minimum de la rétribution garanti par son contrat et les sommes à elles payées pour l'exécution du

1. C. d'Etat, 20 juillet 1917, *Lebon*, p. 585, S., 23.3.56.

2. 12 mars 1920, *Rec.*, p. 275.

3. 12 juillet 1922, *Rec.*, p. 609.

4. Note au Sirey, 1929.3.113.

service depuis le 2 août 1914... « Considérant que dans les
 « termes où il est conclu et eu égard notamment à la rela-
 « tion précise de cause à effet qui s'établit entre l'interven-
 « tion volontaire de l'Administration dans les modifi-
 « cations de parcours et le paiement d'un minimum de
 « redevances, le texte précité (l'art. 3) doit être regardé
 « comme ayant pour objet de garantir le concession-
 « naire contre les répercussions financières des réduc-
 « tions de service *volontairement* prononcées par l'Admi-
 « nistration en vertu du pouvoir discrétionnaire qu'elle
 « tient à cet égard (de l'art. 3), *mais qu'il n'a pu entrer*
 « *dans les communes prévisions des parties de viser*, en
 « rédigeant les dispositions dont s'agit le cas où le service
 « imposé par la Compagnie et les redevances y afférentes
 « viendraient à être réduites *par le jeu de circonstances*
 « *absolument exceptionnelles et indépendantes de tout fait*
 « *de l'Administration* telles que la mobilisation générale
 « et le bouleversement des horaires des trains et des
 « transports postaux qui en est résulté ».

L'espèce est voisine dans l'arrêt de 1922 : il s'agit d'électricité, mais tout le reste est identique : minimum de redevances prévu dans le Cahier des charges, mais diminution dans la consommation de l'électricité ordonnée par l'autorité militaire à raison de la guerre.

Quelles sont donc les conséquences de ces arrêts sur le concédant et le concessionnaire ?

En ce qui concerne le concédant, le Conseil d'Etat établit que le minimum de rétribution garanti au concessionnaire ne doit s'appliquer qu'en cas où la diminution du service résulte du fait de l'administration, du fait du prince. Le minimum de rétribution devait couvrir l'aléa administratif, mais il n'a pas à couvrir l'aléa économique.

Donc, l'aléa économique, la guerre et la désorganisation des services étant survenues, le service à effectuer par la Compagnie des automobiles postales se trouvant très réduit, le minimum de garantie n'a pas à jouer, l'administration n'a pas à le payer. Il peut sembler au premier abord que la question de l'imprévision ne se posait pas : si le contrat avait en effet posé avec clarté que le minimum de rétribution ne s'appliquait qu'au fait du prince, il aurait été évident qu'il n'eût pas eu à s'appliquer pour une diminution du service due à la guerre. Mais la Compagnie des automobiles soutenait au contraire : « que
« l'article 3... ne fait aucune distinction entre les causes
« des modifications apportées au service ; qu'il oblige
« dans tous les cas l'administration à payer à la Compa-
« gnie requérante le minimum garanti ». Le Conseil d'Etat eut donc à interpréter le contrat. Et il le fit en se servant de la théorie de l'imprévision, telle qu'il venait de l'appliquer dans l'arrêt du Gaz de Bordeaux et en déclarant, nous l'avons déjà dit : « qu'il n'a pu
« entrer dans les communes prévisions des parties... le
« jeu de circonstances exceptionnelles... telles que la
« guerre et le bouleversement des horaires des trains... ». Ainsi, pour le Conseil d'Etat, la guerre est un événement hors des prévisions de l'administration, comme la hausse des prix, c'est un événement « extra-contractuel » pour lequel aucune clause du contrat ne peut s'appliquer.

Nous avons déjà montré ce que le caractère d'imprévision a d'artificiel ; dans cette espèce, on peut dire qu'il était en contradiction avec les faits. Car, comme l'administration le reconnut elle-même, dans son *Mémoire* en défense, en déclarant avec quelque illogisme : « que (les
« parties) pouvaient d'autant moins prévoir (la désorga-

« nisation des services postaux) que le service normal
« imposé à la Compagnie était fonction de l'horaire
« des trains et que l'autorité militaire devant, dès le
« premier jour de la mobilisation, prendre possession des
« chemins de fer... il ne dépendrait plus de l'Administra-
« tion des Postes de maintenir les courses prévues au
« carnet N^o ... ».

Il est difficile pour les ministres du Commerce, de l'Industrie, des P.T.T. de soutenir que l'organisation de la mobilisation ne leur était pas connue, partant, la possibilité de la guerre devait entrer dans leurs prévisions et il n'y aurait rien eu que de normal à garantir cependant à la Compagnie des autos postales un minimum de rétribution qui pouvait lui être plus que jamais nécessaire pendant les difficultés causées par la guerre.

Peut-on au moins invoquer ce bouleversement de contrat, cette grande difficulté à l'exécuter que le concessionnaire du Gaz de Bordeaux, pouvait, lui, invoquer ? L'obligation de l'administration étant seulement de payer un minimum de redevance, cette obligation non seulement est toujours possible à réaliser, mais encore n'est jamais, — pour elle — difficile à exécuter.

Quelles raisons pouvait donc invoquer le Conseil d'Etat pour justifier son application à l'administration du bénéfice de l'imprévision. Elles sont très bien exposées par M. Alibert¹ : « Il ne faut pas voir dans l'impré-
« vision, dit-il, qu'un moyen pour les concessionnaires
« d'éviter les risques de guerre, de maintenir intacte leur
« situation ou même de réaliser des bénéfices ; l'imprévi-
« sion apparaissait (à quelques-uns) comme un correctif
« unilatéral et de tout repos, une assurance « tous risques »

1. Note au Sirey.

« dont le contribuable et l'usager payaient la prime et
« qui plaçaient l'exploitant au-dessus de la mêlée... Rien
« d'étonnant, conclut-il, à ce que la Haute-Assemblée
« ait toujours admis pour les deux parties en cause —
« autorité publique et personne privée — un droit égal
« à l'équité et une réciprocité que postulait, d'ailleurs,
« le caractère synallagmatique des accords qu'il s'agis-
« sait d'adapter aux événements ».

Il n'empêche qu'il n'y ait là une véritable déviation de la théorie. Quel est le but de la théorie de l'imprévision ? M. Alibert nous le dit : « Aménager le contrat pour
« sauver le service public qui est sa raison d'être ». —
« (La) cause juridique d'adaptation contractuelle est le
« service public ». On entend bien que l'administration invoquant l'imprévision pour n'avoir pas à payer à son entrepreneur une rétribution qu'elle lui doit par contrat ne peut guère soutenir que la sauvegarde du service public exige qu'elle ne paye pas cette rétribution.

Il faut d'ailleurs remarquer que si l'administration est libérée de son obligation de payer un minimum de garantie, elle n'est pas pour cela complètement libérée, car elle va devoir une indemnité d'imprévision.

En effet, pour le concessionnaire, la diminution de recettes causée par les restrictions dans le service contribue au bouleversement du contrat comme la hausse des prix qui lui est parallèle dans les affaires que nous étudions. « Considérant, nous dit le Conseil d'Etat, que la
« hausse dans le prix de la main-d'œuvre et des matières
« premières s'est trouvée atteindre une proportion telle...
« etc... que, d'autre part, les perturbations apportées par
« la mobilisation générale dans les horaires des trains et
« les transports postaux ont entraîné la réduction des

« parcours kilométriques des voitures de la compagnie
« requérante et diminué dans une mesure correspondante
« les recettes sur lesquelles elle avait pu légitimement
« compter. Considérant que ces faits sont de nature à
« bouleverser l'économie du contrat et à justifier les
« réclamations de la compagnie ».

En fin de compte, dans l'affaire des Autos postales, comme dans celle de la Commune de Méry-sur-Seine, appliquer le bénéfice de l'imprévision à l'Etat, c'est peut-être tout simplement une manière de répartir la charge extra-contractuelle : au lieu d'avoir à payer un minimum de rétribution, l'administration paiera une indemnité. Cela ménage les Finances publiques et c'est plus équitable.

Le fait à retenir c'est que le Conseil d'Etat a appliqué le bénéfice de l'imprévision à l'administration ; que, ce faisant, il l'a appliqué dans un cas où il ne pouvait invoquer la nécessité de continuité du service. Evidemment, il y a d'autres raisons pour l'invoquer : l'équité d'abord, et puis, nous l'avons dit, la nature de ces contrats administratifs où les parties ne s'opposent pas, mais collaborent. Néanmoins, la continuité du service a été à l'origine de la théorie la déterminante de son application et c'est vraiment la seule raison qui pouvait justifier une telle dérogation au droit commun des contrats.

Cependant, en 1928, par un arrêt du 10 février, le Conseil d'Etat appliqua à nouveau, à l'administration, le bénéfice de l'imprévision, et dans des conditions nettement différentes.

CHAPITRE X

L'ARRÊT PECHDO¹

Aux termes de l'article 34 de la loi du 16 septembre 1807, les propriétaires intéressés à l'entretien et à la réparation des levées, barrages, pertuis ou écluses, doivent contribuer aux dépenses. Leur part contributive est fixée par des règlements d'administration publique. En exécution de ces dispositions, un décret en date du 3 décembre 1907 a fixé la part du propriétaire du Moulin de Calvignac (le sieur Pechdo) sur le Lot, dans les dépenses d'entretien et de réparation du barrage de Lamagol ; d'après ce décret de 1907, le taux de la participation du sieur Pechdo, fixé forfaitairement à 150 fr. par an, ne pouvait être révisé que tous les 30 ans. Cependant, un décret du 4 décembre 1924 vint décider que le forfait pouvait être révisé tous les 5 ans et que le chiffre de la contribution serait majoré.

C'est ce décret du 24 décembre 1924 qui était attaqué pour excès de pouvoir, par le sieur Pechdo. Mais le Conseil d'Etat repoussa la requête du sieur Pechdo. En se fondant : « d'une part sur ce qu'il appartenait à l'Administration de garder à la contribution son caractère
« proportionnel au coût réel des ces travaux, conformé-

1. C. d'Etat, 10 février 1928, S., 29.3.113, avec une note de M. Alibert.

« ment à l'article 34 de la loi du 16 septembre 1807 » d'autre part, et c'est là qu'intervient la théorie de l'imprévision, sur ce que le décret attaqué « *n'a fait qu'adapter le régime antérieur à la situation nouvelle, née de la guerre et que l'auteur du décret de 1907 ne pouvait prévoir* ».

Trois innovations capitales résultent de l'application de la théorie de l'imprévision à l'affaire Pechdo.

La première consiste en ce que la théorie est appliquée dans une matière où il n'existe pas de contrat. Il faut comprendre d'abord qu'on ne se trouve en présence que d'un simple acte de puissance publique modifiant le taux d'une imposition. Aucune question d'imprévision ne se serait posée, aucune justification n'aurait été nécessaire. Mais le décret de 1907 ayant disposé que la contribution ne pourrait être révisée que tous les trente ans : « Cette clause enlevait au décret son caractère d'acte pur et simple d'imposition et créait au profit du requérant des droits qu'il importait de concilier avec une révision anticipée ».

Le décret du 3 décembre 1907 est un acte administratif unilatéral individuel. De tels actes créent : « Au profit de ceux qu'ils intéressent, des droits qui empêchent leurs auteurs de les modifier ou de les retirer purement et simplement ». Il fallait donc trouver un motif suffisamment fort pour justifier la révision anticipée de la contribution à payer par le sieur Pechdo. Ce motif, c'est l'imprévision. Du moment que l'imprévision avait semblé au Conseil d'Etat un motif suffisant pour faire échec aux droits nés d'un contrat, « *a fortiori*, nous dit M. Alibert, devait-elle suffire à adapter les situations individuelles, résultant des actes unilatéraux ».

Cependant, contrairement à tout ce que nous avons vu

jusqu'ici, le Conseil d'Etat ne semble s'appuyer que sur le caractère imprévisible des événements survenus depuis le décret de 1907. Ce caractère imprévisible — ou imprévu — dont nous avons dit combien il était artificiel et quelle portée limitée lui accordait tant le juge civil dans la théorie de la force majeure que le Conseil d'Etat dans celle de l'imprévision, est en effet le seul qu'il puisse invoquer, puisque, dans l'affaire Pechdo — c'est la seconde innovation — *il ne peut arguer de la nécessité de sauvegarder un service public*. En effet : « le service de « la navigation, qui n'est pas concédé et qui n'a même « pas un caractère industriel, n'est pas intéressé au « paiement d'une contribution qui va se perdre dans les « recettes générales du Trésor »¹.

Le bénéficiaire de l'imprévision dans l'arrêt Pechdo n'est pas en définitive le service public, c'est l'Etat — et ce n'est plus comme dans les cas de réciprocité que nous avons vus dans le chapitre précédent, l'Etat, — l'administration — débiteur, mais au contraire, l'Etat créancier qui invoque l'imprévision. Et cette troisième innovation est extrêmement grave. En effet, dans l'affaire des Autos postales, par exemple, l'administration pour bénéficier de l'imprévision avait encore d'assez bonnes raisons : il s'agissait de rapports synallagmatiques ; il n'y avait pas à avantager une partie plus que l'autre ; il s'agissait d'une collaboration de l'administration et du concessionnaire pour le mieux-être d'un service et tout simplement de la répartition d'une charge extra-contractuelle. Rien de tout cela dans l'affaire Pechdo ; dans l'affaire Pechdo, l'Etat majore purement et simplement sa créance qu'il estime avoir été dépréciée par

1. Alibert, note citée.

la guerre. Est-ce à dire que l'arrêt Pechdo admet comme un droit la revalorisation des créances : « ce serait singulièrement périlleux... au point de vue juridique pour la double raison que les lois monétaires font obstacle à cette opération et que les principes du droit ne permettent pas au juge d'aggraver d'office les charges du débiteur ; périlleux au point de vue économique et social parce que les victimes de la stabilisation auraient tout à perdre dans les nouveaux bouleversements qu'une telle politique entraînerait ».

Il ne semble pas cependant que l'on puisse tirer de l'arrêt Pechdo une telle conséquence : c'est d'abord parce qu'il ne s'agit pas nettement de rapport de créancier à débiteur, ensuite parce que le Chef de l'Etat tirait de l'article 34 de la loi du 16 septembre 1807 le droit de « maintenir à la contribution son caractère proportionnel au coût des travaux ».

Mais ce qui est extrêmement significatif dans l'affaire, c'est que le Conseil d'Etat ait invoqué l'imprévision pour la revalorisation d'une créance, en dehors d'un cas de nécessité, sans qu'il y ait besoin de sauvegarder la bonne marche d'un service public.

C'est là que pour la première fois nous trouvons exprimée par la jurisprudence cette idée qui s'implante de plus en plus dans notre droit : à savoir que l'on doit adapter les créances aux événements, aux bouleversements économiques. Précédent d'une nature toute spéciale — M. Alibert parle d'une opération *sui generis* — mais précédent tout de même.

CHAPITRE XI

LA BAISSÉ DES PRIX ET L'ÉNERGIE ÉLECTRIQUE

Nous avons vu avec quelle prudence, avec quelle modération le Conseil d'Etat innovait en matière d'imprévision. Cependant l'idée que l'on peut impunément modifier les contrats, les adapter automatiquement aux changements de circonstance, faisait son chemin. Plus loin même, on en vint à dire que les contrats doivent s'adapter à la baisse et à la hausse dès qu'elles se produisent. Est-il pourtant quelque chose de plus normal, de moins imprévu que la hausse ou la baisse de prix et peut-on vraiment admettre que l'une ou l'autre soit un motif suffisant pour faire échec à la force obligatoire des contrats ?

Naturellement ce n'est pas dans la jurisprudence du Conseil d'Etat que nous pouvons trouver cette systématisation d'une théorie si justifiée à son origine. La jurisprudence administrative, quoique toujours plus audacieuse que la jurisprudence judiciaire n'a pas osé aller jusque-là. Nous avons vu, dans l'affaire Pechdo que si la Haute-Assemblée s'est servie de la théorie de l'imprévision pour augmenter la contribution due à l'administration par le sieur Pechdo, elle était soutenue par le texte de la loi de 1807 et par la nature tout à fait particulière de la question, ce qui limitait la portée de l'arrêt.

Et M. Alibert a parfaitement souligné à quelles critiques tant sur le terrain juridique que sur le terrain social se heurterait l'adaptation automatique des contrats, leur « flexibilité » comme dirait M. Hauriou, en dehors de la volonté nettement exprimée des parties.

Aussi est-ce la pratique gouvernementale qui a franchi le pas qui sépare la sage doctrine de l'arrêt Pechdo de la généralisation indéfinie de la théorie de l'imprévision.

Nous avons vu jusqu'ici en droit administratif, au service de l'idée que l'on peut adapter les contrats quand les circonstances et l'intérêt du service l'exigent, une technique spéciale. Cette technique consiste à accorder au concessionnaire une indemnité. C'est à cette technique qu'est attaché le nom de théorie de l'imprévision. Mais au-dessus de cette technique, le fait important, c'est l'adaptation des contrats. Et le Conseil d'Etat lui-même s'est écarté de cette technique pour faire bénéficier de sa théorie l'administration. Aussi les pouvoirs publics n'ont-ils eu qu'à suivre la voie qui leur était tracée. Dans la période qui a suivi la guerre, la vie économique a perdu son équilibre : une période de crise a suivi une période de prospérité. Les pouvoirs publics se sont évertués à y adapter les contrats de l'administration comme ils l'ont fait pour les contrats privés¹. C'est de cette transformation du droit contractuel que nous voudrions montrer des exemples. On n'entend pas en effet sous le nom de théorie de l'imprévision, la seule jurisprudence du Gaz de Bordeaux, mais toutes les adaptations contractuelles inspirées par cette idée qu'à une situation économique nouvelle doit correspondre une modification du contrat.

1. V. section 3.

Une des exceptions les plus graves, les plus significatives apportées à la force obligatoire, est celle que les décrets-lois de 1935 ont apportée à la force des contrats de concession d'électricité. J'entends bien qu'il ne s'agit pas là d'une application pure et simple de l'arrêt du Gaz de Bordeaux. Mais l'on y trouve sous une autre forme les principes qui ont conduit le Conseil d'Etat à accorder à l'administration le bénéfice de l'imprévision. On peut dire que les décrets-lois de 1935 sur l'électricité ont fait une application de la réciprocité de l'imprévision.

Quel était le but des décrets-lois des 16 juillet-30 octobre 1935 : l'abaissement des prix de l'énergie électrique¹. Or ces prix avaient été fixés par les conventions et les cahiers des charges, et il était de principe courant jusqu'en 1935 que si la situation du concessionnaire « était « réglementaire en ce qui concerne la gestion du service « public dont il est chargé » elle était au contraire contractuelle en ce qui concerne les rapports financiers entre l'autorité concédante et le concessionnaire. L'article 1134 donne la force obligatoire à tous les contrats sans exception et la fixation des tarifs aurait du continuer à faire la loi des parties.

Quel motif assez fort pouvait donc invoquer l'auteur des décrets-lois de 1935 ? C'est au fond le même que celui de l'administration dans l'affaire des Autos postales. De même que le Conseil d'Etat admit alors que le mini-

1. Le détail des moyens adoptés par l'auteur des décrets-lois dépasse le cadre de cette étude. Qu'il nous suffise de dire qu'il abaisse les prix de l'énergie électrique par quatre procédés :

a) abaissement des prix par réduction des tarifs existants : réduction indirecte par l'abaissement de l'index — réduction des tarifs corrélative à l'abaissement de l'index ; — b) abaissement des prix de vente en dehors du jeu de l'index ; — c) abaissement par la fixation des prix-limites ; — d) abaissement par l'application de nouveaux tarifs imposés aux distributeurs. — V. Mestre et L'huillier, « *L'abaissement des prix de l'énergie électrique* » (Cahiers administratifs).

mum de rétribution cependant garanti par contrat ne s'appliquait plus à une situation économique transformée, de même la nécessité en 1935 de « lutter contre la spéculation et de défendre le franc », la crise, la baisse générale des prix créaient une vie économique tout à fait différente de celle pendant laquelle avait eu lieu la conclusion des contrats de concession. Le fait que dans le cas des Autos postales, c'est la guerre qui vint justifier le refus de l'administration de payer la rétribution convenue ne suffit pas à créer une différence entre les deux cas : en effet nous avons dit que la théorie de l'imprévision s'était généralisée, que la guerre qui ne constitue d'ailleurs jamais par elle-même ni la force majeure, ni l'imprévision, n'était pas le seul événement déterminant l'application de la théorie, mais qu'au contraire, les mouvements de prix suffisaient à le faire.

On entend bien que dans le cas de l'abaissement des prix de l'énergie électrique, la situation est tout à fait différente : en effet, il ne s'agit plus d'un juge venant faire échec à la force obligatoire d'un contrat par tel ou tel raisonnement juridique, mais du législateur, modifiant par son autorité, des stipulations contractuelles. Le législateur, — sans entrer ici dans une discussion sur la nature de décrets-lois qui ont été ratifiés par le Parlement, — est maître de la loi et n'a pas à motiver ses décisions.

Mais il a toujours été considéré comme contraire aux principes généraux du droit et de l'équité que l'Etat vienne, selon l'expression de M. Alibert¹ « reprendre « comme législateur ce qu'il a donné comme contractant ».

1. Note citée.

Si l'auteur des décrets-lois de 1935 a cependant cru pouvoir passer outre à de telles objections, n'est-ce pas qu'à l'antique conception de la force obligatoire des contrats et du respect de la volonté des parties, s'en est substituée une autre qui permet, elle, de modifier les conditions d'exécution d'une convention dès qu'elles ne sont pas ce qu'elles étaient à l'origine ? Et du moment que le Conseil d'Etat était venu en aide aux concessionnaires et en général à tous les contractants de l'administration accablés par la hausse de leur prix de revient, n'était-il pas logique de forcer ces mêmes concessionnaires à abaisser leurs tarifs pour les adapter à un mouvement général de baisse des prix et à une politique de déflation ?

La logique d'une telle conception n'est qu'apparente ; ce qui justifie seulement la théorie de l'imprévision, c'est la nécessité d'assurer la continuité du service public. Pour l'abaissement des prix de l'énergie électrique, au lieu de cette nécessité urgente, il ne s'agissait que de considérations d'intérêt général et de politique. Or, ces considérations sont éminemment contingentes et variables. La politique suivie par les gouvernements suivants fut exactement l'inverse et c'est à nouveau à la hausse des prix que l'on dut adapter les contrats.

CHAPITRE XII

LA HAUSSE DES PRIX ET LES ENTREPRENEURS DE MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS ET DE FOURNITURES

La politique suivie par les gouvernements de Front populaire a entraîné une hausse considérable des prix ; à l'origine de cette hausse générale se trouve la hausse des salaires. La modification ainsi apportée à leurs prix de revient allait-elle ouvrir pour les contractants de l'Etat le droit à l'indemnité de l'imprévision ?

Le gouvernement les rassura très vite. Une circulaire collective du Président du Conseil du 27 juin 1936 admit que : « les majorations de salaires pourraient dans certains cas entraîner une situation très difficile pour les entrepreneurs ». Devant cette situation, le Président du Conseil proclamait la nécessité « d'adopter une politique unique ». Cette politique unique consistait pour les différentes administrations dans « l'allocation éventuelle d'une indemnité équitable si l'imprévision et le bouleversement de l'économie du contrat sont démontrés par l'entrepreneur intéressé ».

Ainsi donc le gouvernement va lui-même au devant des demandes des entrepreneurs : il organise l'imprévision. « Afin de dégager un certain nombre de principes généraux, il est utile qu'une collaboration s'établisse entre les ministères intéressés. En conséquence, les propositions de révision seront centralisées pour tous les services

« civils au ministère de l'Economie Nationale et pour
« les services de la Défense Nationale au ministère de
« la Défense Nationale et de la Guerre ».

Le ministère de l'Economie Nationale ainsi chargé de « centraliser » émet une circulaire le 23 juillet 1936. Après un « rappel des principes » en matière d'imprévision, après avoir préconisé « la conclusion éventuelle d'avenants », cette circulaire va plus loin encore : elle parle d'« aide éventuelle aux entrepreneurs en difficulté », cette aide éventuelle pouvant employer divers procédés : « La retenue de garantie opérée sur
« les acomptes pourrait être réduite à une fraction
« inférieure à celle prévue par les marchés, elle pourrait
« même au besoin être complètement supprimée,
« moyennant une caution bancaire... Pour les travaux
« des collectivités qui reçoivent des subventions de
« l'Etat, le versement de ces subventions conditionne
« souvent en fait le paiement des acomptes dus aux
« entrepreneurs. Il est souhaitable que l'ordonnance-
« ment en soit accéléré ». La circulaire prévoit également l'ouverture d'un compte provisionnel où seraient portées des avances à valoir sur le montant présumé de l'indemnité pour charge extracontractuelle qui sera liquidée en fin de marché.

Pour obtenir les résultats cherchés par les auteurs de ces circulaires, il était nécessaire d'organiser une procédure spéciale ... « Cette œuvre (l'examen individuel de
« chaque marché) ne peut être accomplie que par les
« administrations compétentes sous l'égide des commis-
« sions des marchés auxquelles elles ressortissent. Dans
« les ministères où il n'existe pas actuellement de com-
« mission des marchés, cet organisme devra être créé ».

A ces deux circulaires générales des décrets s'ajou-

tent : par exemple, le décret du 16 août 1936 « autorisant
« les comptables des départements et des communes à
« payer des sommes supérieures à celles stipulées dans
« les marchés... lorsque ces marchés auront fait l'objet
« d'une révision tendant au relèvement des prix anté-
« rieurement fixés et devant conduire à l'établissement
« d'un avenant », le décret du 18 septembre 1936 sur la
retenue de garantie « qui peut ne pas être exercée » ou
celui du 4 décembre 1936 sur le paiement d'acomptes.

Ces circulaires et décrets généraux ont été expliqués, généralisés dans une infinité de textes spéciaux dont on pourra trouver en note, l'énumération¹, mais dans le détail desquelles il est impossible d'entrer.

Au premier abord, ces textes peuvent paraître tout à fait normaux. Mais à tout bien considérer, il n'en est rien. Il ne faut pas oublier que la théorie de l'imprévision doit être, puisqu'elle fait exception aux principes du Code, restrictivement admise, et qu'il peut être dangereux, nous avons cité l'opinion de M. Alibert à ce sujet, de la généraliser à outrance.

L'application de la théorie de l'imprévision par le gouvernement lui-même, l'institution dans les différents ministères de « commission de révision des marchés », tout cela peut avoir pour les finances publiques une importance beaucoup plus considérable que son admission contrôlée et restreinte par le juge administratif, sous le contrôle du Conseil d'Etat. Les conditions rigoureuses édictées par la Haute-Assemblée vont faire sou-

1. Ponts et chaussées, Cir. 8 juillet, 17 août 1936. — Marine, Circ. 11 et 23 juillet et, 4 septembre 1936. — Guerre, circ. 11-17 août, 26-30 septembre, 28 octobre 1936. — Intérieur, Circ., 8 août 1936. — Air, Lettre du ministre de l'Air du 3 octobre 1936. — P.T.T., Circ. du 10 août 1936.

On trouvera ces textes (et beaucoup d'autres similaires aux *Annales du Syndicat professionnel des entrepreneurs de travaux publics de France*, 9, Avenue Victoria, Paris (4^e).

vent défaut dans le cas qui nous occupe actuellement. La hausse générale des prix n'avait en effet en premier lieu, dès l'abandon de la politique de déflation, rien d'imprévisible. Et pour ce qui est du bouleversement de l'économie des marchés, si tant est d'ailleurs qu'elle soit bouleversée, elle a beaucoup moins d'importance, nous le verrons dans le chapitre suivant, que le bouleversement de l'économie des concessions.

A côté de ces considérations d'ordre juridique, il faut noter le côté arbitraire de l'action des gouvernements : si en effet on est venu, et combien largement, en aide aux entrepreneurs de Travaux publics, on en est resté aux décrets de 1935 pour les prix de l'énergie électrique. Cependant l'énergie électrique a vu elle aussi monter ses prix de revient. Et le jeu des index ne suffit pas à adapter les prix de l'électricité à une situation économique aussi transformée¹.

Si bien que l'on vient à douter, — sur le seul terrain de l'opportunité et en laissant de côté les arguments juridiques, — du bien fondé et de l'abaissement des prix de l'énergie électrique qui n'amena en 1935 qu'un tout petit dégrèvement des budgets particuliers et de l'adaptation automatique des marchés à la hausse des prix. La conclusion d'un contrat à terme laissant une marge d'aléa considérable, n'aurait-il pas mieux valu laisser jouer normalement les contrats ? Les concessionnaires pouvaient jouir vers 1935 de la baisse des prix ; leurs bénéfices pouvaient bien être considérables. Ne leur auraient-ils pas permis de supporter un ou deux ans plus tard des pertes elles aussi considérables ?

1. Sur ce point, voir la thèse de M. Jeanneney, 1936, *Essai sur les mouvements des prix* ; cette adaptation (par des indices) n'est satisfaisante « qu'autant que l'amplitude des variations est faible ».

CHAPITRE XIII

LA DÉFORMATION DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

L'arrêt Gaz de Bordeaux a consacré un principe nouveau : la possibilité de venir en aide à un débiteur accablé sous le poids de ses obligations. Mais ce principe déroga-taire aux règles du Code civil s'appuyait, nous l'avons dit, sur un puissant motif d'opportunité : la nécessité, à l'heure de la guerre, de continuer à assurer la marche normale du service public. Pour obtenir ce résultat, le Conseil d'Etat s'est appuyé sur un raisonnement quelque peu arbitraire.

Mais ce raisonnement, dans la doctrine, comme dans la pratique, eut un tel succès que l'on fut amené à l'appliquer à des situations qui l'exigeaient beaucoup moins. Alors que dans le cas de l'arrêt du Gaz de Bordeaux, c'était la vie même du service public qui était en jeu, on en vint à dire qu'il suffisait que « l'institution du service « public soit le but final du contrat » pour que la théorie pût s'appliquer.

Mais à partir de cette extension¹ qui amena, nous l'avons dit, peu à peu à faire bénéficier de la nouvelle théorie tous les contractants de l'administration, aussi bien les entrepreneurs de Travaux publics et les fournisseurs de l'administration que les concessionnaires, on peut dire que la théorie est déformée. Si, en effet, on

1. Voir une critique sur le terrain pratique des effets de l'application de la théorie de l'imprévision dans la thèse de Jacquemard, *in fine*.

pouvait invoquer encore pour les marchés de travaux ou de fournitures continus et multiples les mêmes raisons que pour les concessions, que dire en faveur des marchés de travaux ou de fournitures uniques, s'effectuant en un trait de temps relativement court ! Quel inconvénient pouvait trouver l'administration à la ruine, — ou simplement aux pertes subies par eux, — de tels entrepreneurs et pourquoi déroger au droit commun pour des opérations d'une portée aussi limitée et pour lesquelles la vie de tel ou tel service public est si peu intéressée ?

C'est que la théorie quittant son caractère de nécessité, d'extrême urgence est devenue une théorie d'équité : les contrats de l'administration ont un régime spécial. En principe les contractants de l'administration qui ne sont pas ses adversaires, mais ses collaborateurs ne peuvent pas faire de gros bénéfices ; par conséquent, ils ne doivent pas subir de grosses pertes. C'est pourquoi il suffit qu'un service public étende sur un contrat « son « ombre dominatrice »¹ pour que le débiteur puisse éventuellement bénéficier de l'imprévision.

Mais cet argument-là ne peut être invoqué par l'administration réclamant pour elle le bénéfice de l'imprévision : son seul argument sera son droit à la réciprocité, un droit égal à l'équité. La modification d'un contrat, quand ses conditions d'exécution changent devient en droit administratif le droit commun. Mais si jusque là, il s'agit toujours de contrats administratifs, de contrats de service public à régime spécial, un dernier pas sera franchi par le Conseil d'Etat : l'imprévision est invoquée dans un cas où le service public n'est nullement intéressé ;

1. Hauriou, *L'imprévision dans les contrats dominés par des institutions sociales*.

où aucun service ne bénéficiera de l'imprévision. C'est l'arrêt Pechdo.

Alors la théorie perd complètement son caractère de particularisme administratif : elle est toute prête à passer dans les relations contractuelles de droit privé.

Quelle logique y a-t-il à refuser à un entrepreneur de Travaux publics et privés l'imprévision dans ses marchés avec des particuliers¹, alors qu'on la lui accordera dans les marchés avec l'administration ? J'entends bien que ces derniers sont conclus par adjudication, c'est-à-dire « au plus fort rabais ». Mais du fait de la crise et de la concurrence les entrepreneurs concluent leurs marchés avec des particuliers dans des conditions très défavorables.

Aussi certains auteurs dont M. Hauriou préconisent-ils l'application de la théorie à d'autres sortes de contrats. Pour M. Hauriou² tout contrat comportant une part « d'institution sociale », « L'élément spécial ayant provoqué l'apparition de la théorie serait donc l'institution du service public lié au contrat et c'est à savoir si la proposition ne devait pas être généralisée et si toute institution sociale dominant un contrat ne devrait pas produire le même effet ».

Mais tous les contrats ayant un intérêt pour la société, tous comportent une part d'institution sociale. Aussi nous le verrons, est-ce à toutes les sortes de contrats que s'est peu à peu étendue une théorie qui les adapte à toutes les transformations, — même les plus normales — de la vie économique.

1. Cass. civ., 17 novembre 1925, S., 26.1.37. Un entrepreneur qui s'est engagé à exécuter divers travaux de construction à des prix de série, ne saurait obtenir une majoration sur les prix convenus sous prétexte qu'il a dû subir, par suite de l'application du contrat collectif de travail, une augmentation de salaires, qui a gravement affecté l'exécution du marché et qu'il ne pouvait prévoir au moment où il a contracté.

2. *Op. cit.*

SECTION II

LE DROIT OUVRIER L'APPLICATION DE LA THÉORIE AUX CONVENTIONS COLLECTIVES DU TRAVAIL

CHAPITRE PREMIER

PAR LEUR NATURE, LES CONVENTIONS COLLECTIVES
DE TRAVAIL SONT FAVORABLES A L'APPLICATION
DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION.

L'article 31 de la loi du 25 mars 1919 définit ainsi la convention collective :

« La convention collective de travail est un contrat
« relatif aux conditions du travail conclu entre, d'une
« part, les représentants d'un syndicat professionnel
« ou de tout autre groupement d'employés et d'autre part
« les représentants d'un syndicat professionnel ou de
« tout autre groupement d'employeurs ou plusieurs
« employeurs contractant à titre personnel, ou même
« un seul employeur ».

Sur la nature véritable du contrat collectif, les auteurs étaient divisés en deux groupes. Pour les uns, il s'agissait réellement d'un contrat. Mais sur la nature de ce contrat naissaient de nouvelles discussions. S'agissait-il d'un mandat, d'une stipulation pour autrui ? S'agissait-il d'un

quasi-contrat, d'une gestion d'affaires ? Il y a, à l'adoption de l'une ou de l'autre de ces théories des arguments pour et contre que nous ne pouvons étudier ici. Nous nous contenterons de les résumer, d'après M. Rouast¹. L'adhésion d'un ouvrier à un syndicat ne permet pas de supposer l'existence d'un mandat. Le mandataire et le gérant d'affaires « sont les représentants qui ne s'obligent pas personnellement ». Or, le syndicat est responsable de l'application de la convention collective.

Pour d'autres auteurs, la convention serait une stipulation pour autrui. L'idée est satisfaisante pour l'esprit. MM. Capitant et Cuche² en font cependant la critique sur le terrain du texte de l'article 1121 du Code civil, aux termes duquel une stipulation pour autrui n'est valable que lorsqu'elle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. Mais, d'après la jurisprudence, il suffit que le stipulant ait un intérêt, même moral à l'exécution de la stipulation.

Cependant, avant de savoir quelle sorte de contrat est la convention collective, ne conviendrait-il pas de se demander, bien que la loi la désigne ainsi, si la convention collective est vraiment un contrat ?

Deux conceptions de la convention collective s'opposaient : la conception contractuelle et la conception réglementaire. Le fait que, dans la convention collective, une collectivité en arrive à imposer des obligations à ses membres a conduit certains auteurs³ à se demander s'il ne s'agit pas « d'une convention-loi ». Comme le dit M. Rouast : « C'est une sorte de charte destinée à régir

1. Planiol et Ripert, t. XI, N° 882, p. 125.

2. Capitant et Cuche, *Précis de législation industrielle*, N° 113.

3. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*.

« le travail ». « Il faut se garder, écrivait M. Scelle ¹, d'em-
« ployer le mot contrat car la convention collective de
« travail, c'est-à-dire l'accord des conditions éventuelles
« des embauchages et du travail entre un employeur ou
« des employeurs.... et une ou des collectivités ouvrières
« n'a absolument rien de contractuel » et il donnait la
définition suivante :

« Le contrat collectif consiste essentiellement dans la
« fixation éventuelle par les représentants d'une collec-
« tivité ouvrière d'accord avec un des patrons ou leurs
« représentants des conditions auxquelles se fera l'embauchage dans une ou plusieurs usines déterminées. Il n'y
« a là, à aucun degré, la réalisation d'une situation sub-
« jective... Il y a là simplement réglementation objective
« et éventuelle par les intéressés des conditions du
« travail » ².

Pendant, malgré sa nature spéciale, son caractère de contrat « innomé », c'était bien d'un contrat qu'il s'agissait dans la conception du législateur de 1919 sur les conventions collectives, puisque ³ d'une part, la conclusion d'une convention collective ne pouvait être imposée aux intéressés, et que, d'autre part, ses effets étaient limités aux collectivités qui l'avaient conclue.

Or, en transformant la loi de 1919 sur ces deux points, le législateur, par la loi du 24 juin 1936, a adopté la conception réglementaire de la convention collective : dès qu'une seule organisation professionnelle en fait la demande, la loi exige la formation d'une commission mixte ayant pour tâche l'élaboration de la convention

1. Scelle, *Précis élémentaire de législation industrielle*, 1927, p. 190.

2. *Idem*, p. 174.

3. Capitant et Cuhe, *op. cit.*, Addendum mettant à jour au 1^{er} septembre 1936, N° 131.

collective. Le ministre du Travail lui-même peut intervenir pour faire aboutir à une entente.

Deuxièmement, d'après l'article 31vd « Les dispositions de la convention collective peuvent, par arrêté du ministre du Travail être rendues obligatoires pour tous les employeurs et employés des professions et régions comprises dans le champ d'application de la convention ».

Aussi concluent MM. Capitant et Cuhe « La convention revêt ainsi ... le caractère institutionnel, elle devient une véritable charte des conditions du travail opposable même à ceux qui ne l'ont pas conclue ou qui n'y ont pas adhéré. Ainsi s'atténue fortement le caractère purement contractuel que le législateur de 1919 avait conservé à la convention collective ». Et c'est justement à cause de ce caractère institutionnel qui rapproche la nature des conventions collectives de celle des contrats de droit public que nous les étudions dans une section II, entre le droit administratif et le droit privé.

A mesure donc que s'atténue le caractère contractuel des conventions collectives, la théorie de l'imprévision aura plus de facilités à trouver là un champ d'application. En effet, la principale objection que l'on peut faire à cette théorie, c'est, nous l'avons vu, qu'elle viole le principe de l'autonomie de la volonté et la nature même du contrat. S'il ne s'agit pas d'un contrat, mais d'une opération réglementaire, derrière laquelle l'élément contractuel disparaît presque complètement, cette objection ne vaut plus.

A cette constatation, somme toute négative, qu'il n'y a pas d'obstacle majeur à l'application de l'imprévision

dans la matière qui nous intéresse, s'ajoutent des arguments positifs. Pour M. Hauriou¹ « l'institution de « l'usine » domine le contrat de travail. « Sans doute, « écrit-il, on ne peut pas dire que l'institution de l'usine « soit incorporée au contrat jusqu'à présent, tant que « subsistent l'esprit de lutte des classes et la pratique des « grèves, tant que la solidarité d'intérêts entre le patron « et les ouvriers ne se traduit pas pour ceux-ci par une « participation à l'entreprise. Il est néanmoins évident « que l'institution de l'usine pèse sur la situation et « qu'à mesure que le régime industriel s'organisera, la « solidarité d'intérêts entre patron et ouvriers qui est « latente apparaîtra. N'appartiendra-t-il pas au juge « de dégager dès maintenant le cas échéant cet élément « latent » ?

On n'en est pas encore arrivé à cet âge d'or industriel que souhaitait M. Hauriou. Et c'est au contraire par la lutte des classes et les grèves que la classe ouvrière, faisant pression sur les gouvernements de Front populaire a obtenu le vote de textes introduisant la théorie de l'imprévision dans les conventions collectives.

Il aurait été d'ailleurs impossible de ne pas accorder aux salariés la révision devant une hausse des prix qui aurait pu rendre leur simple subsistance impossible. Le « *minimum vital* » même n'aurait plus été atteint.

L'application de la théorie de l'imprévision dans la matière des contrats collectifs de travail comporte deux particularités importantes.

Alors que, dans tous les cas que nous avons trouvés jusqu'ici — sauf évidemment dans l'affaire Pechdo —

1. « L'imprévision dans les contrats dominés par les institutions sociales », *Aux sources du droit* (1933).

il s'agissait du bouleversement économique d'un contrat dont l'exécution est devenue très difficile, dans les conventions collectives, au contraire, l'événement qui va donner lieu à la révision (la hausse des prix) ne bouleverse nullement le contrat. Les ouvriers qui vont voir augmenter leurs salaires n'ont, bien entendu, aucune difficulté à accomplir leur obligation qui est de travailler. En résumé, dans le cas des conventions collectives, on adapte le contrat à un fait qui lui est extérieur, qui ne modifie pas ses conditions d'exécution : à savoir la hausse des prix de la vie.

Une deuxième particularité de l'application de l'imprévision dans la législation du travail, c'est qu'elle aboutit à une véritable révision du contrat. Dans son application en droit administratif¹, elle ne se manifestait que par le versement d'une indemnité au contractant de l'administration, le contrat n'était modifié que par le passé ; dans l'avenir, il doit continuer à s'appliquer dans sa plénitude ou, s'il n'est pas viable, il doit être résilié. Au contraire, les contrats collectifs du travail sont révisés pour le futur : c'est à partir de la décision arbitrale ou surarbitrale que les salaires seront augmentés, la plupart des arbitres et des surarbitres refusant de donner à leur sentence un caractère rétroactif.

1. Nous avons signalé le caractère « provisoire » de l'imprévision.

CHAPITRE II

LES TEXTES INTRODUISENT LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION DANS LES CONVENTIONS COLLECTIVES

La loi du 24 juin 1936 édicte que « les dispositions de
« la convention collective visée par les articles précé-
« dents, peuvent, par arrêté du ministre du Travail, être
« rendues obligatoires pour tous les employeurs et
« employés des professions et régions comprises dans le
« champ d'application de la convention ».

Or, « le ministre du Travail pourra rapporter l'arrêté
« pris dans les formes prévues ... lorsqu'il apparaîtra que
« la convention collective ne répond plus à la situation
« économique de la branche d'industrie ou de commerce
« intéressée dans la région considérée ».

L'adaptation d'un contrat à une situation économique ne répondant plus aux prévisions des parties, c'est bien là l'essentiel de la théorie de l'imprévision.

La loi monétaire du 1^{er} octobre 1936 confirme dans son article 15, sous une nouvelle forme, l'application de la théorie de l'imprévision.

« Au cas où, avant le 31 décembre 1936 une hausse
« notable du coût de la vie viendrait à se produire par
« rapport aux indices du 1^{er} octobre 1936, le gouverne-
« ment pourrait, après avis du Conseil National Économi-
« que et par décret du Conseil d'Etat, organiser des

« procédures de conciliation et d'arbitrage obligatoire,
« ayant effet pendant six mois, en vue du règlement des
« différends nés des conséquences de cette hausse et
« ayant trait à la rédaction, à l'exécution et à la *révision*
« *des clauses des conventions collectives* relatives aux
« salaires ».

Ainsi la hausse des prix, de même qu'elle justifie en droit administratif l'obtention par le concessionnaire d'une indemnité pour charge contractuelle, justifiera, en matière de travail, la révision des contrats.

Mais cette révision se fera au moyen d'une procédure spéciale de « conciliation et d'arbitrage » organisée par la loi du 31 décembre 1936. Si les conventions collectives ne fixent pas elles-mêmes ces règles de procédure (auquel cas il n'y a qu'à appliquer la convention)... « le gouverne-
« ment est autorisé jusqu'à la clôture de la session ordi-
« naire de 1937 à fixer les modalités de ces procédures
« ... en conformité des dispositions de l'article 15, § 2 de
« la loi monétaire du 1^{er} octobre 1936 ».

« ... S'il y a lieu à désignation d'un surarbitre à défaut
« par les parties ou par les premiers arbitres de s'être
« entendus sur ce choix, ce surarbitre sera désigné parmi
« les membres en activité ou en retraite des grands corps
« de l'Etat ».

« ... Les deux arbitres et le surarbitre *auront les pou-
« voirs d'amiable compositeur* ».

On voit combien le fait de donner à l'arbitre les pouvoirs d'amiable compositeur était, en soi, favorable, même en dehors d'autres textes, à l'application de la théorie de l'imprévision qui, réclamée par tant d'auteurs au seul nom de l'équité trouve à son application auprès d'un juge tenu d'appliquer le Code, des obstacles de

textes qui n'existent plus pour un arbitre ainsi muni de pouvoirs exceptionnels.

En application des textes précédents, un décret du 16 janvier 1937 a fixé les procédures prévues. Une loi du 18 juillet a prorogé les pouvoirs conférés au gouvernement par la loi du 31 décembre 1936. Un décret du 18 septembre 1937 vint modifier sur des points de détail qui ne nous intéressent pas spécialement le décret de janvier 1937. Une loi du 11 janvier 1938 vint encore proroger les décrets pris en application de la loi du 31 décembre 1936.

Enfin, la célèbre loi du 4 mars 1938 est venue modifier encore une fois les procédures de conciliation et d'arbitrage. Cette loi qui avait été élaborée sous le gouvernement de M. Chautemps et qui faisait partie de son fameux Code moderne du Travail, sanctionne, de la façon la plus formelle, dans son article 10, la théorie de l'imprévision :

« Les procédures de conciliation et d'arbitrage s'appli-
« quent notamment en cas de variation notable du coût
« de la vie au règlement des différends nés des consé-
« quences de cette variation et ayant trait à la révision
« des clauses relatives aux salaires contenues dans les
« conventions collectives en cours.

« La demande en révision est recevable si la variation
« accusée par l'indice officiel du coût de la vie est d'au
« moins 5 % par comparaison avec l'indice arrêté à la
« date la plus voisine de celle où ont été fixés les salaires
« en cause. Les arbitres ou le surarbitre doivent en ce cas
« proportionner à la variation constatée, les salaires
« dont cette variation rend la modification nécessaire
« ainsi que les allocations familiales, à moins que ne soit
« rapportée la preuve que cet ajustement est incompa-

« tible avec les conditions économiques de la branche
« locale, régionale ou nationale d'activité économique
« pour laquelle a été formulée la demande d'ajustement.

« Sauf accord entre les parties pour le choix d'un autre
« indice, l'indice pris en considération est l'indice officiel
« trimestriel du coût de la vie pour une famille ouvrière
« de quatre personnes dans le département du lieu du
« conflit. Cet indice officiel sera contrôlé par une haute
« commission spéciale présidée par un haut fonctionnaire
« de la Cour des Comptes.

« Si, dans ce département, l'indice officiel visé ci-
« dessus n'existe pas, la comparaison sera faite en
« prenant pour base la moyenne de ces indices dans les
« départements limitrophes.

« La révision des salaires et des allocations familiales
« ne pourra être effectuée que tous les six mois à moins
« que la hausse de l'indice considéré n'atteigne 10 %,
« auquel cas la révision pourra intervenir aussitôt connu
« l'indice. Lorsque la demande de révision sera de nature
« à exercer des répercussions sur des contrats conclus par
« l'Etat ou des collectivités publiques, les industriels et
« commerçants que concernera cette demande devront en
« donner avis au service public intéressé pour lui permet-
« tre de soumettre à l'arbitre toutes observations utiles ».

Si nous avons cité en entier l'article 10 de la loi du 4 mars 1938, c'est qu'il a, en notre matière, une importance fondamentale. Les modifications apportées par la loi du 1^{er} octobre 1936 étaient timides à côté de celles apportées par cet article 10. La loi de 1936 employait des formules restrictives : au cas où ... le gouvernement pourrait ... Ce qui pouvait motiver la révision des contrats collectifs, c'était « une hausse notable ». Si le mot « nota-

ble » est encore dans la loi de 1938, on voit ce que le législateur entend par une hausse notable : c'est une variation « d'au moins 5 % ».

Dans la loi du 4 mars 1938, l'action des conditions économiques sur les contrats est à double détente : en premier lieu, une variation du prix de la vie d'au moins 5 % entraîne la procédure de révision. Mais arbitres et surarbitres ne sont tenus de proportionner les salaires à la hausse que si « les conditions économiques de la branche « d'activité dont il s'agit ne sont pas incompatibles avec « cet ajustement ».

Mais il ne faut pas s'y tromper : ce sont les mêmes conditions économiques qui ont entraîné la hausse des prix de la vie qui sont susceptibles de rendre toute augmentation de leur prix de revient incompatible avec la vie même des branches d'industrie et de commerce intéressés.

La loi pour avoir voulu être transactionnelle a tourné dans un véritable cercle vicieux. C'est un parfait exemple des difficultés auxquelles on se heurte nécessairement quand on veut adapter exactement les contrats aux modifications économiques.

Il faut, pour être complet, signaler le décret du 3 avril 1938 instituant la Cour Permanente d'arbitrage prévue aux articles 13 et 14 de la loi du 4 mars. Devant cette Cour, les parties peuvent former un recours pour incompetence, excès de pouvoir ou violation de la loi. Seul, le ministre du Travail pourra déférer à la Cour la sentence sur le fond dans l'intérêt public.

On peut espérer que, grâce à la qualité des surarbitres et aux garanties offertes par la composition même de la Cour Permanente d'arbitrage, la loi du 4 mars et notamment son article 10, si délicat, sera appliquée au mieux de l'intérêt des salariés et de l'intérêt général.

CHAPITRE III

LE FONDEMENT DE LA THÉORIE DANS LA JURISPRUDENCE DES SURARBITRES

A la suite des lois que nous venons d'analyser, une nouvelle jurisprudence s'est formée : celle des surarbitres. Il n'est paru jusqu'à ce jour, malheureusement, que 200 de ces décisions : elles ont paru dans les annexes du *Journal officiel*, elles sont cataloguées par ordre chronologique et numérotées de 1 à 200. Il n'y a pas de table de matières ; le dépouillement en est donc assez difficile.

Une seconde difficulté consiste en l'extrême diversité des surarbitres : professeurs de droit, magistrats, avocats ou ingénieurs. Les points de vue sont différents, la valeur inégale.

Enfin, le surarbitre a, d'après la loi, le pouvoir d'amiable compositeur. Donc, nous dit M. Savatier dans sa sentence arbitrale du 25 mars 1937 (N° 76) « l'arbitre « peut statuer non seulement en droit strict, mais aussi « en équité »¹. C'est assez dire qu'il sera favorable à la théorie de l'imprévision, théorie d'équité, mais qu'il ne cherchera pas en général à s'appuyer sur des principes juridiques. Aussi toute déduction tirée de cette jurisprudence serait, au point de vue de ces principes, téméraire.

1. *Idem* : Sentence n° 9 rendue par M. Laroque.

J'entends bien que, pour ce qui est justement de l'imprévision, les surarbitres pouvaient s'appuyer sur les textes que nous avons dits. C'est ce que fait par exemple M. le Professeur Cassin dans sa sentence du 13 février 1937 (N° 12) «... les arbitres et le cas échéant le surarbitre
« puisent, soit dans la loi monétaire du 1^{er} octobre 1936
« (art. 15), soit dans la loi du 31 décembre 1936 (art. 1, 3
« et 5) le pouvoir de décider si une révision ou modification
« proposée par l'une ou l'autre partie est justifiée, et le
« cas échéant, d'en fixer l'importance et les modalités
« d'application ».

En effet, ces textes, et surtout ceux qui ont suivi et notamment la loi du 4 mars 1938, sont venus pleinement justifier le pouvoir de révision des surarbitres au cas de modification dans les prix. Mais ce qui ressort de la lecture d'un certain nombre de sentences, c'est le peu d'importance qu'elles ont donnée à ces textes. Les sentences qui les invoquent sont la minorité ; beaucoup après en avoir fait un simple rappel, invoquent plutôt l'équité, la clause *rebus sic stantibus* ou tout autre motif susceptible de justifier l'application de la théorie de l'imprévision ; d'autres encore, plus nombreuses, invoquent un de ces motifs sans se soucier des textes ; les plus nombreuses enfin ne citent pas les textes et n'invoquent aucun principe.

Une série d'exemples vont nous montrer ces tendances des surarbitres :

«... Considérant, écrit le Professeur Oualid dans sa
« sentence du 6 mars 1937 (N° 39) en premier lieu que si
« l'article 15 de la loi monétaire du 1^{er} octobre 1936 dit
« bien que la révision des clauses de salaires des conven-
« tions collectives sera subordonnée à une hausse notable

« du coût de la vie par rapport aux indices du 1^{er} octobre 1936, il ne dit point que cette hausse sera la limite des relèvements de salaire à envisager. Une fois la révision reconnue possible légalement et justifiable économiquement, la détermination de son montant appartient à l'arbitre chargé ... Considérant en résumé qu'une hausse de salaires et appointements dans la région lyonnaise est amplement justifiée en droit par l'article 15 de la loi monétaire du 1^{er} octobre 1936 et » — cela est à noter avec beaucoup d'attention — « en fait par la hausse notable et imprévisible du niveau général des prix de détail qui a absorbé presque complètement les majorations obtenues en juin 1936 ».

Le Professeur Oualid, d'une part, considère les textes mais ajoute que la hausse aurait à elle seule et à défaut de la loi, justifié, en fait, par son caractère imprévisible, l'application de la théorie de l'imprévision.

La plupart des arbitres qui invoquent ce même caractère d'imprévisibilité, l'invoquent seul. Pour ne prendre, parmi beaucoup d'autres, qu'une sentence rendue par un surarbitre particulièrement éminent, c'est le motif invoqué dans la sentence N° 15 du 17 février 1937, rendue par M. Siegfried. Il fait la distinction, entre l'aléa ordinaire et l'aléa extraordinaire : « L'augmentation des prix de détail qui s'est manifestée avant la dévaluation survenue fin septembre pouvait être prévue lors de la convention collective du 23 juin 1936 et a sans doute été anticipée dans le niveau convenu des salaires : elle ne doit donc pas donner lieu à un réajustement en cours de contrat ... Par contre, l'augmentation consécutive à la dévaluation peut être considérée comme constituant un fait nouveau ».

M. Goinguenet, président du Conseil de préfecture de Rouen, adopte une formule qui est très voisine de celle du Conseil d'Etat. Il écrit dans sa sentence du 29 avril 1937 (N° 163).

« En raison de l'aggravation constante du coût de la
« vie, l'économie de la convention collective du 15 décem-
« bre 1936 se trouve bouleversée et il en est résulté une
« véritable imprévision économique qui dépasse les
« situations juridiques existantes et place l'ouvrier en
« dehors d'elles ».

D'autres auteurs invoquent la clause *rebus sic stantibus*. Ainsi le Professeur Oualid dans la première de ses sentences (N° 10) du 7 février 1937 : « Considérant que si
« les conventions font la loi des parties... ce principe ne
« saurait faire échec aux révisions ... justifiées par un
« changement profond des circonstances qui existaient
« au moment de leur conclusion et en avaient motivé
« certaines clauses ». Il en est de même par exemple pour M. Fouan, maître des requêtes au Conseil d'Etat, dans sa sentence (N° 54) du 15 mars 1937. De même encore pour M. Chaille, inspecteur divisionnaire du Travail dans sa sentence du 18 mars 1937 (N° 62) « Les conventions
« collectives en cours d'exécution peuvent faire l'objet
« d'une révision... si elle est justifiée par un changement
« profond des circonstances qui existaient au moment de
« leurs conclusions ».

D'autres surarbitres considèrent que l'équité exige que les salaires soient augmentés quand il y a un mouvement général de hausse des prix. Il en est ainsi pour M. Matter dans sa sentence du 19 février 1937 (N° 17) :
« Depuis près de huit mois, les conditions économiques
« ont changé à tel point qu'il est de toute justice d'accroî-

« tre les payes nécessaires aux ouvriers pour leur existence ». Pour M. Fernand Maurette, membre du Conseil National Economique, dans sa sentence du 22 mars 1937 (N° 68) « il est non seulement possible, mais équitable de modifier ce barème et de prévoir une augmentation ». De même pour M. Issarte, ingénieur en chef des Ponts et Chaussées dans sa sentence du 7 avril 1937 (N° 94) : « L'augmentation du coût de la vie doit entraîner équitablement un réajustement des salaires ».

Mais les sentences arbitrales qui, comme toutes celles que nous venons de citer invoquent des principes juridiques sont, quoique nombreuses, l'exception. La très grande majorité des surarbitres considèrent comme tout à fait naturel de majorer les salaires, et se contentent de formules comme celles-ci :

« Etant donnée la hausse du coût de la vie ... les salaires seront majorés » (Sentence, N° 31, rendue par M. Aron, inspecteur général des Ponts-et-Chaussées).

« Pour tenir compte de la hausse du coût de la vie, les pourcentages de majoration seront fixés » (sentence N° 43 rendue par M. Blancho, député-maire de Saint-Nazaire).

« En raison de l'augmentation du coût de la vie, il y a lieu d'envisager une hausse des salaires » (Sentence, N° 85, rendue par M. Estival, ingénieurs des Mines).

On trouve des formules du même genre dans bien d'autres sentences que celles-ci choisies au hasard. Ainsi les sentences, N°s 101, 102, 112, 115, 124, etc.¹.

Il semble même qu'à mesure que se forme cette nouvelle jurisprudence, les surarbitres, considérant le nombre de sentences déjà rendues et adoptant cette

1. *Idem*, Sentences N°s 132, 145, 146, 147, 148, 161, 164, 167, 176, 199.

solution, éprouvent de moins en moins le besoin de la justifier et en arrivent à la considérer comme toute naturelle.

Si bien que l'on peut se demander devant une pareille généralisation et une telle absence de motifs, si la théorie de l'imprévision n'aurait pas été appliquée de la même façon dans cette matière qui y était évidemment si favorable, des conventions collectives, même si les textes que nous avons cités et particulièrement le § 15 de la loi du 1^{er} octobre 1936 et l'article 10 de la loi du 4 mars 1938 n'avaient pas été promulgués.

Ce qui a déterminé les surarbitres, c'est la constatation des difficultés insurmontables qu'auraient rencontrées les salariés devant une hausse aussi importante que celle qui s'est manifestée depuis la fin de 1936, si l'on avait refusé d'adapter, même dans une mesure limitée, leurs salaires au coût de la vie.

Devant une telle situation, aucun principe juridique ne pouvait prévaloir.

CHAPITRE IV

A QUELLES CONVENTIONS COLLECTIVES LES SURARBITRES APPLIQUENT LA THÉORIE ?

Une des premières questions qui se posèrent aux surarbitres fut celle de savoir s'ils pouvaient appliquer la théorie de l'imprévision à toutes les conventions collectives ou s'il y avait lieu de faire entre celles-ci une distinction : devaient-ils appliquer la théorie, aussi bien aux conventions à durée déterminée qu'aux conventions à durée indéterminée ?

En effet, leur nature même semble, au premier abord, exclure les premières du bénéfice de l'imprévision.

Nous avons vu, dans la section consacrée au droit administratif combien doctrinalement tout au moins, l'application de la théorie de l'imprévision était moins justifiée dans les marchés à prestation unique que dans les marchés à prestations successives et de longue durée ou dans les concessions.

Dans la matière des conventions collectives, la question se posa aussi de savoir si on pouvait l'appliquer même aux conventions collectives à durée déterminée.

Dans le cas des contrats de droit administratif, il était admis que l'imprévision pouvait amener, en principe et éventuellement, le paiement d'une indemnité au contractant de l'administration. Le contrat n'est pas

rompu et, théoriquement, il n'est pas violé. Dès lors, la seule question est de savoir si les conditions requises, conditions plus économiques que juridiques, sont bien réalisées : imprévision, bouleversement ... Et c'est une simple constatation de fait qui montre que dans les marchés à prestation unique, il est très difficile, à cause de la brièveté même de l'exécution du marché, que ces conditions se réalisent.

Sur ce terrain du bouleversement du contrat, ou plutôt sur celui de sa non-concordance avec le prix de la vie (puisque dans les conventions collectives, c'est ce qui détermine l'imprévision) il est évident que la brièveté d'une convention à durée déterminée devrait créer un obstacle à l'application de la théorie de l'imprévision, tandis qu'au contraire, les conventions à durée indéterminée, qui peuvent être exécutées pendant une longue période seraient un terrain particulièrement favorable à la théorie de l'imprévision.

A cet obstacle économique à l'application de la théorie de l'imprévision dans les conventions collectives à durée déterminée s'ajoute-t-il un obstacle juridique ?

On sait que la grande différence à faire entre les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée, c'est qu'alors que ces derniers peuvent toujours — moyennant un préavis — être rompus unilatéralement, les premiers ne peuvent être rompus avant le terme fixé que si toutes les parties contractantes sont d'accord pour la résiliation.

Mais la différence au point de vue de leur durée est loin d'être aussi nette entre les conventions collectives qu'entre les simples contrats à durée déterminée et à durée indéterminée.

En effet, « la loi du 25 mars 1919 ne considère pas
« comme liés pour la durée tous ceux qui sont obligés
« par le contrat (la convention collective à durée déter-
« minée). Elle distingue d'une part les collectivités, les
« individus ayant personnellement signé la convention
« ou y ayant adhéré ... et d'autre part les individus qui ne
« sont liés que par la délibération du groupement dont ils
« font partie. Les personnes de la première catégorie
« sont liées pour la durée prévue, celles de la seconde
« peuvent considérer le contrat comme ayant, à leur
« égard, une durée indéterminée »¹.

Ainsi déjà, sous l'empire de la loi de 1919, il y avait une grave complexité quant à la durée des conventions collectives, il en résultait un affaiblissement de leur force exécutoire et c'est pourquoi le législateur est intervenu.

Depuis la loi du 24 juin 1936 l'article 31 *visé* édicte que :
« L'arrêté (du ministre du Travail rendant obligatoires
« les dispositions de la convention collective...) cessera
« d'avoir effet lorsque les parties contractantes existan-
« tes se seront mises d'accord pour le dénoncer, le réviser
« ou le modifier ... ». Et d'après M. Paul Pic² : « L'arti-
« cle 31 *visé* abroge virtuellement la faculté de dénoncia-
« tion unilatérale reconnue jusqu'ici à toutes les parties
« contractantes pour toutes les conventions à durée
« indéterminée et même pour les conventions à durée
« déterminée, aux parties à l'égard desquelles ces der-
« nières ne valent que comme conventions à durée déter-
« minée. L'arrêté ne peut en effet être rapporté que
« si toutes les parties contractantes se sont mises d'accord
« pour le dénoncer ... ».

1. Rouast, dans *Traité pratique* de Planiol et Ripert, t. II, p. 141, N° 896.

2. *Revue politique et parlementaire*, septembre 1936, p. 393.

Ainsi, lorsque l'arrêté du ministre du Travail est intervenu, il n'y a plus à faire de distinction au point de vue de la rupture entre les conventions à durée déterminée et les autres. On voit combien la différence entre les conventions est limitée.

Mais en réalité, il ne s'agit pas, dans notre matière, au regard de la théorie de l'imprévision, de la rupture des conventions collectives à durée déterminée ou à durée indéterminée, mais bien de leur révision. Et « révision » n'égale pas rupture ». Plus grave que la rupture, la révision, en dehors de l'accord des parties, est tout à fait exorbitante au droit commun, et l'est autant pour les conventions à durée déterminée que pour celles à durée indéterminée. Même dans les cas où l'arrêté n'étant pas intervenu et s'agissant d'une partie signataire ou nominale représentée, la rupture obtenue, après préavis dans une convention à durée indéterminée, par une des parties ne lui procurerait aucun avantage au point de vue de la hausse des salaires. Le contrat, une fois rompu, il n'est pas du tout sûr que, dans le nouvel accord qui interviendrait, elle obtiendrait satisfaction. Le seul espoir, c'est que sous la menace d'une rupture gênante pour lui, le patron cède aux revendications des salariés.

Tout ce que l'on peut dire, c'est que les conventions à durée déterminée répugnent beaucoup plus que les autres à l'application de la théorie de l'imprévision ; à cause, nous l'avons dit, de leur brièveté. Et puis parce que tout contrat à terme, justement parce que les parties contractantes se sont soustraites volontairement à la perpétuelle menace d'une rupture, devrait avoir une force beaucoup plus grande que les autres.

Quelle a donc été la position prise par les surarbitres

devant ce problème : faut-il appliquer la théorie de l'imprévision à toutes les conventions collectives sans exception ?

Une première constatation à faire, c'est que les surarbitres ne font pour l'application de la théorie de l'imprévision aucune distinction entre les conventions collectives selon qu'elles ont — ou qu'elles n'ont pas — fait l'objet d'un arrêté du ministre du Travail ¹.

Une deuxième constatation est que la plupart des surarbitres ne mentionnent même pas s'il s'agissait, devant eux, de la révision d'une convention à durée déterminée ou d'une convention à durée indéterminée. De là à conclure que pour eux, dans le cas qui nous intéresse, il n'y a pas de différence à faire entre les deux sortes de convention, il n'y a qu'un pas.

Cependant un certain nombre de surarbitres ont nettement posé que le fait d'avoir fixé une durée déterminée « ne fait pas obstacle » à la révision des salaires. La première en date de ces sentences est celle rendue par le Professeur Oualid, le 7 février 1937 (N° 10) :

« Une convention collective, conclue le 12 juin 1936
« *pour une durée ferme d'un an* ne met pas obstacle à la
« révision des salaires avant l'expiration du terme prévu
« lorsque cette révision ... est fondée sur un changement
« profond des circonstances qui existaient lorsque la
« convention a été conclue ».

M. le Professeur Cassin, dans sa sentence déjà citée du 13 février 1937, émet la même opinion :

« Considérant que les conventions font la loi des
« parties et doivent être loyalement exécutées en toutes
« leurs stipulations ; que l'additif à la convention collec-

1. Renée Petit, thèse, Paris, 937.

« tive du 30 décembre 1936 a créé une commission paritaire chargée b) d'étudier et de résoudre les difficultés nées de l'application du § 7 de l'article 31 vc du Code du travail, les modifications éventuelles à apporter à cette convention sur proposition de l'une ou l'autre partie ;
 « Que la disposition de l'article 31 vc du Code du travail vise les « révisions » au même titre que les « modifications » ;

« Qu'ainsi une convention collective de durée déterminée est juridiquement susceptible de recevoir en cours d'application des modifications contractuelles concernant soit les salaires, soit tout autre point compris ou non compris dans la convention ».

Le chemin ainsi tracé par les deux professeurs est dès lors suivi par de nombreux surarbitres.

Ainsi, d'après M. Fouan, maître des requêtes au Conseil d'Etat : « Si la stipulation d'une durée ferme dans une convention collective fait en principe obstacle à toute révision de ses dispositions dans le courant de la durée ainsi fixée autrement que par l'accord des deux parties, il en est autrement dans le cas où il est survenu un changement profond des circonstances qui ont justifié certaines de ces dispositions (Sentence, 15 mars 1937, N° 54).

Même solution dans la sentence N° 64 rendue par M. Dauvergne, ingénieur en chef des Mines (19 mars 1937) « ... Mais la hausse sensible survenue depuis le 1^{er} octobre justifie, nonobstant l'accord intervenu à cette date, pour une durée d'un an... »

De même encore pour M. Maurette, membre du Conseil National Economique, dans sa sentence du 22 mars 1937 (N° 68) : « Si, en principe, les dispositions des contrats

« collectifs ne doivent pas subir de modifications substantielles pendant la durée stipulée, la hausse des prix constitue un changement profond ».

Ces formules choisies parmi beaucoup comme représentatives d'opinions émises par des surarbitres de professions très différentes sont souvent reproduites, à quelque chose près, dans beaucoup d'autres surarbitrages. Il en est ainsi dans la sentence N° 71 rendue par M. Mondiez, ingénieur en chef des Manufactures de l'Etat (24 mars 1937), dans la sentence, N° 75, rendue par M. Fouan le 25 mars 1937 ; dans une autre sentence de M. Fouan du 26 mars 1937 (N° 79) ; dans la sentence N° 143 rendue le 21 avril 1937 par M. Franckel, ingénieur des P.T.T. ; dans la sentence N° 156 rendue le 27 avril 1937 par M. Chaille, inspecteur divisionnaire du Travail ; dans la sentence N° 196 rendue le 14 mai 1937 par M. Mondiez.

Devant une telle extension de la théorie de l'imprévision, on peut se demander comment les pouvoirs publics pourront résister à l'envahissement du droit privé lui-même par cette nouvelle théorie. Quelle logique, en effet, y aurait-il à refuser à un ouvrier lié à son patron par un simple contrat de travail, la révision du prix de son salaire, alors qu'elle lui serait accordée s'il avait été lié par une convention collective ?

Aussi peut-on trouver dans une sentence surarbitrale cette idée que la révision des salaires au cas de hausse des prix constitue pour tous les patrons, sans exception, une véritable obligation morale. Il s'agit de la sentence N° 181, rendue par M. Hourticq, auditeur au Conseil d'Etat, le 8 mai 1937 :

« ... les seules organisations représentées par l'arbitre patronal sont les Chambres syndicales de.... et de....

« Il s'ensuit que la présente ne peut juridiquement s'ap-
« pliquer qu'aux entreprises affiliées à ces Chambres
« syndicales. Mais que le surarbitre soussigné considère
« que le respect de ses dispositions est, pour l'ensemble
« des employeurs de Seine-et-Oise *une véritable obligation*
« *morale* tant envers leurs ouvriers qu'envers ceux de
« leurs collègues qui se sont fait représenter dans le
« présent conflit ».

Ce n'est qu'un vœu émis par le surarbitre, mais il est significatif.

SECTION III

LE DROIT PRIVÉ ET LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

Nous avons vu que le juge judiciaire français avait résisté énergiquement au courant d'opinion et de doctrine, développé après la guerre en faveur de la théorie de l'imprévision. Non seulement il n'a pas consenti à reviser les contrats, mais il n'a même pas voulu examiner si, des principes généraux du droit des contrats, de la théorie de la cause par exemple ou d'une extension de celle de la lésion ne découlait pas nécessairement une théorie de l'imprévision.

Mais cette théorie n'en a pas moins trouvé une large application dans tout l'ensemble du droit privé, civil et commercial. Elle y est apparue sous la forme brutale d'une intervention du législateur. Toutes les fois que le législateur, de sa propre autorité et en dehors de la volonté clairement exprimée des parties contractantes, a modifié les conditions d'exécution d'un contrat, pour les adapter à la situation économique, il a appliqué la théorie de l'imprévision.

Ce faisant, le législateur n'a pas toujours conscience d'appliquer la nouvelle théorie ; il obéit le plus souvent à des motifs d'opportunité, à la pression opérée sur lui par tel ou tel groupement de créanciers ou de débiteurs. Le législateur ne motive pas ses décisions ; il n'explique pas pour quel motif il vient ainsi violer l'article 1134 du Code

civil ; il n'invoque aucune des notions juridiques proposées par les auteurs (notions de bonne foi, d'abus du droit, de la cause).

Somme toute, le législateur n'a nullement cherché à appliquer une théorie ; maître souverain de la loi, il s'est contenté, au hasard des circonstances, de prendre telles ou telles décisions. Mais le fait est là : depuis la guerre, le législateur a appliqué notre théorie. Et il l'a appliquée sur une très large échelle, il ne s'est pas contenté de prendre quelques mesures et c'est au contraire par une « centaine de lois (il y avait déjà, fin 1936, 67 lois sur les loyers) que le législateur est venu violer à la fois les principes juridiques les plus importants et la volonté particulière des individus. A l'ordre juridique ancien, à celui du *xix^e* siècle, il en a substitué un autre : selon la forte expression de M. Capitant ¹ il a instauré « le régime « de la violation des contrats ».

On voit combien l'application de la théorie de l'imprévision en droit privé diffère de ses applications en droit administratif et en droit ouvrier.

Elle en diffère par l'autorité d'où émane l'initiative de son introduction : en droit administratif, c'est le juge seul, et si, en droit ouvrier, le législateur est intervenu, il n'en est pas moins certain que sans son intervention, le surarbitre, devant la gravité de la situation et soutenu, au point de vue juridique, par le caractère non-contractuel du contrat collectif, se serait reconnu le droit de révision.

Elle en diffère en second lieu par le mode même de son application : en droit administratif, la timidité du

1. H. Capitant, D.H., 1934, *Chron.* p. 1, « Le régime de la violation des contrats ».

juge et peut-être son esprit pratique l'ont conduit à adopter une technique tout à fait particulière : le versement au concessionnaire d'une indemnité chargée de compenser une perte extracontractuelle ; cette technique a conduit le juge à modifier l'exécution du contrat dans le passé et à refuser de le faire pour l'avenir. En matière de contrat collectif, il s'agit au contraire d'une révision, et d'une révision pour l'avenir.

En droit privé, nous voyons que le législateur a adopté trois méthodes différentes. La révision comme en droit ouvrier, mais encore la prorogation et la résolution.

De ces trois méthodes d'application de la théorie de l'imprévision, la première seule est nettement nouvelle, les deux autres ont été imitées de procédés prévus par le Code civil lui-même.

CHAPITRE PREMIER

LA RÉOLUTION

La célèbre loi du 21 janvier 1918, dite loi Failliot, a imité, tout en en différant singulièrement, l'article 1184 du Code civil, aux termes duquel : « La condition résolutoire tacite est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera pas à son engagement ».

« ... Le contrat n'est pas résolu de plein droit ... (elle) doit être demandée en justice ».

L'article 1184 est l'adaptation en droit positif du grand adage de l'ancien droit : « *non servanti fidem, non est fides servanda* ». Il serait inique qu'un contractant put exiger l'accomplissement des obligations de son co-contractant alors que lui-même ne tient pas sa promesse.

Mais les rédacteurs du Code civil, tout en constatant la justesse sur ce point de la doctrine canoniste, n'ont voulu admettre le principe de cette résolution qu'en le rattachant à leur grande idée de l'autonomie de la volonté. C'est pourquoi ils ont inventé cette clause résolutoire tacite.

La Cour de cassation reconnaît elle-même « que l'article 1184 est la consécration de cette règle d'équité qui ne permet pas de laisser un des contractants dans le lien

1. Cass., 29 novembre 1865, D., 66.1.27.

« du contrat dont l'autre partie ne lui fournirait pas
« l'équivalent »¹.

L'article 1184 est la conséquence de ce principe que nous avons étudié plus haut, à savoir que les contrats doivent être équilibrés. De même qu'il serait inique qu'un contractant soit obligé de fournir sa prestation à un débiteur qui ne lui fournit pas la sienne, de même aux yeux du législateur de la loi Failliot il serait inique qu'un débiteur soit tenu de son obligation alors qu'elle est devenue extrêmement onéreuse et que, par comparaison, l'exécution de l'obligation de son cocontractant serait devenue dérisoire.

L'article 1184 et la loi Failliot ont donc un idéal commun : empêcher, dans la mesure du possible, le déséquilibre du contrat. Ils emploient, pour obtenir ce résultat, un moyen identique : la résolution. Au premier abord, la résolution de l'article 1184 et celle de la loi Failliot paraissent très différentes, puisque, dans le premier cas la résolution est demandée par le créancier, et dans l'autre par le débiteur. Mais M. Ripert¹ montre bien que la situation de l'article 1184 et celle de la loi Failliot sont voisines. « Quand le créancier demande la résolution
« du contrat ... c'est comme débiteur tenu de l'obliga-
« tion corrélative à la créance et pour ne pas rester tenu,
« puisqu'il ne peut rien obtenir. Et inversement, dans
« l'application de la loi Failliot, le débiteur qui demande
« la résolution d'un marché d'avant-guerre renonce en
« même temps à se prévaloir de l'obligation qui naissait
« à son profit ».

« Indépendamment, nous dit la loi Failliot, des causes
« de résolution résultant du droit commun ou des conven-

1. Ripert, *Règle morale*, N^{os} 76 et 77.

« tions, les marchés et contrats qui... comportent des
« livraisons ... peuvent être résolus... s'il est établi qu'à
« raison de l'état de guerre, l'exécution des obligations
« de l'un des contractants entraînera des charges...
« dont l'importance dépasserait de beaucoup les prévi-
« sions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'épo-
« que de la convention ».

La loi Failliot, comme l'article 1184 exige, pour le prononcé de cette résolution, l'intervention du juge. Mais ils diffèrent l'un de l'autre en ce que la loi de 1918 déclare que la résolution peut être prononcée sans dommages-intérêts ou avec des dommages-intérêts réduits. Au contraire, la résolution de l'article 1184 s'accompagne toujours de dommages-intérêts.

Mais ce qui sépare l'un de l'autre, de la façon la plus absolue, l'article 1184 de la loi Failliot, c'est que la résolution de l'article 1184 est causée par la faute du débiteur¹ tandis que celle de la loi Failliot est causée par une aggravation de la situation économique.

Faire état de la situation économique pour prononcer la résolution du contrat, telle était la grande nouveauté apportée dans notre droit par la loi Failliot. Et que le législateur ait imité un article du Code civil pour obtenir le but qu'il recherchait, il n'en résulte pas moins que c'était couler dans un moule ancien une institution qui n'y était nullement destinée.

Mais la loi Failliot, célèbre par sa nouveauté par la façon dont elle avait imité la formule du Conseil d'Etat,

1. Nous faisons abstraction ici de l'erreur de la jurisprudence qui applique l'art. 1184 à la fois quand l'inexécution est imputable au débiteur, et quand elle ne lui est pas imputable.

V. Planiol et Ripert, t. VI, N° 425. — Dans ce deuxième cas, c'est la théorie de la force majeure qui doit s'appliquer et nous avons vu à quel point les cas de force majeure et d'imprévision diffèrent les uns des autres.

a, depuis longtemps perdu de son importance. En effet, son application qui était limitée dans le temps est depuis longtemps terminée. Et surtout la solution qu'elle offrait au problème posé par l'imprévision était loin d'être satisfaisante.

Aussi le législateur a-t-il préféré d'autres procédés.

CHAPITRE II

LE RÉGIME DES SUSPENSIONS ET DES PROROGATIONS

Nous voyons, dans ce second mode d'application de l'imprévision en droit privé, le même procédé que pour le premier : la déformation d'une institution du Code.

Il s'agit ici de l'ancien article 1244 aux termes duquel :

« Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible.

« Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement et surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état ».

Dans cet ancien article 1244, on peut dire que dans un certain sens, la théorie de l'imprévision était en germe.

Elle y était en ce sens, non pas que le législateur admettait que l'on pourrait modifier les contrats au gré des événements, mais qu'une grave exception au principe de l'autonomie y était inscrite¹.

L'article 1244 concède au juge la faculté d'accorder un délai au débiteur : c'est bien là, selon l'expression de M. Esmein², une « faculté exorbitante du droit commun : elle viole la loi du contrat ». Elle modifie contrai-

1. Ripert, *La règle morale*, N° 78.

2. Planiol et Ripert, t. VII, N° 1018, p. 325.

rement à la volonté certaine du créancier d'être payé au terme convenu les conditions d'exécution du contrat.

Evidemment, il y a encore, entre l'ancien article 1244 et la théorie de l'imprévision de grandes différences.

La première se trouve dans le motif même qui permettra au juge d'accorder le délai : le débiteur qui est de bonne foi est extrêmement gêné, sa position est difficile.

Il importe qu'il soit protégé contre les rigueurs d'un créancier impitoyable. Dans la théorie de l'imprévision, il s'agit bien dans la plupart des cas d'un débiteur en difficulté d'exécuter ses obligations, mais ce sont les circonstances extérieures qui les ont rendues plus difficiles et il partage son sort avec tous les autres débiteurs. Au contraire, pour l'ancien article 1244, les circonstances qui détermineront le juge à accorder des délais seront, d'une manière générale, la bonne foi et la bonne volonté du débiteur, le caractère momentané de sa gêne, les mesures qu'il a prises pour pouvoir se libérer dans un temps assez court, le préjudice que lui causerait l'exécution rigoureuse de l'obligation et aussi les rapports qui l'unissent au créancier¹. On voit par ces deux derniers motifs combien le législateur était loin, encore, de la théorie de l'imprévision.

Enfin, aux termes mêmes de l'article 1244 les juges doivent user de leur pouvoir avec une grande modération, une grande réserve.

Néanmoins, si nous avons exposé ici la doctrine de l'ancien article 1244, c'est que l'on y voit que dès la parution du Code civil, le législateur admettait que les juges pouvaient, dans certains cas et avec une grande réserve, mettre en échec l'article 1134.

1. Demolombe, t. XXV, 599; Aubry et Rau, t. IV, art. 319 p. 268. Baudry-Lacantinerie, t. II, 1491.

Et c'est si vrai qu'une loi récente est venue modifier l'article 1244 pour y incorporer, d'une façon très nette, nous le verrons, la théorie de l'imprévision.

Mais c'est seulement au moment de la grande guerre que le législateur est venu suspendre l'effet des contrats au nom de la transformation de la vie économique.

Dès le début des hostilités, la loi du 5 août 1914, article 2 a autorisé « le gouvernement à prendre par décret en « conseil des ministres toutes mesures pour suspendre « l'effet des obligations commerciales et civiles.

Ces délais établis d'office d'une manière générale s'appellent des moratoires.

Ces moratoires se sont succédé sans cesse à partir du 14 août 1914¹. Nous ne les étudierons pas puisqu'un régime légal leur a été substitué, en matière de loyer, par la loi du 9 mars 1918 et qu'ils sont liquidés par la loi du 27 décembre 1920.

La loi du 9 mars 1918 est venue remplacer les diverses lois sur les moratoires nés dès le début de la guerre. Cette loi fut complétée par une loi du 23 octobre 1919 étendant le bénéfice de la prorogation. La loi du 31 mars 1922 a confirmé la législation précédente, limitant les prorogations à une durée de 9 ans pour les locaux d'habitation et de 15 pour les locaux commerciaux.

D'autres lois dont celle du 31 mars 1922 sont venues organiser les régimes des prorogations. La plupart d'entre elles sont aujourd'hui abrogées. Elles le furent notamment par la loi du 1^{er} avril 1926, elle-même modifiée par les lois du 21 juillet 1927 et 29 juin 1929 qui lui ont été incorporées. La date extrême des prorogations prévues était fixée au 1^{er} juillet 1939.

1. On en trouvera l'énumération au D., 18.4.50, N° 4. Sur leur nature : Planiol et Ripert, t. VII ; Esmein, *Les obligations*, N° 1023, p. 328.

Une série d'autres mesures visent la prorogation des baux ruraux, des baux d'immeubles dans les régions libérées (lois des 25 oct. 1919 et 9 avril 1930).

Mais ces prorogations auraient été ruineuses pour les malheureux propriétaires qui auraient subi l'augmentation du prix de la vie, née de la dépréciation monétaire, aussi les différentes lois que nous venons de citer subordonnent-elles la prorogation à une majoration ¹.

A côté de ce régime de prorogation de loyer, s'est établi un régime de suspension des dettes, c'est ainsi qu'aux lois que nous avons citées s'ajoute une série de lois qui ont accordé, par exemple, « des délais de grâce « aux locataires commerçants ou industriels menacés « d'expulsion » (lois du 16 avril 1930, 11 juillet 1931, 10 mars 1932 maintenant provisoirement dans les lieux les locataires commerçants menacés d'expulsion)...

Enfin une loi du 20 août 1936 est intitulée « Loi tendant à accorder des délais aux producteurs agricoles « pour le paiement des dettes qu'ils ont contractées « pour les besoins de leur exploitation ». Sous ce titre modeste, la loi est d'importance, elle transforme dans son article 1^{er} l'ancien article 1244 du Code civil.

L'article 1244 est ainsi modifié :

« Les juges peuvent néanmoins, en considération
« de la position du débiteur et compte tenu de la situa-
« tion économique, accorder pour le paiement des délais
« qui emprunteront leur mesure aux circonstances sans
« toutefois dépasser un an et surseoir l'exécution de
« poursuites ».

Deux innovations importantes sont par cette voie détournée introduites dans notre droit.

1. Voir chapitre suivant.

La première consiste dans l'adjonction aux mots « à la position du débiteur » des mots « Compte tenu de la situation économique ». Tenir compte de la situation économique en y adaptant les contrats : c'est bien là la théorie de l'imprévision, nettement exprimée désormais dans le Code civil. Et ainsi, le juge est transformé « en expert économique »¹.

La deuxième consiste dans la suppression des mots : « Et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve ». Les délais doivent désormais « emprunter leur mesure aux circonstances ». Par son incorporation au Code civil, la loi prend ainsi une portée générale ; son titre ne compte plus.

Une loi d'une portée assez limitée est celle du 21 août 1936 puisqu'elle ne vise que les commerçants, industriels et artisans. Mais ce n'est plus une simple loi accordant des délais de grâce ; il s'agit d'un véritable moratoire légal. L'article 1^{er} de la loi est ainsi conçu : « A titre transitoire et à dater de la promulgation de la présente loi, *seront suspendues de plein droit...* toutes poursuites et mesures conservatoires ».

Mais la considérable et malencontreuse innovation de cette loi est qu'elle classe les Français en deux catégories : ceux qui ne sont pas inscrits au rôle de l'impôt général sur le revenu et les autres, les premiers seuls bénéficiant de l'application de la loi.

Ainsi, par cette loi : « L'idée d'égalité civile va rejoindre dans la réserve des conceptions surannées le principe du respect des contrats »².

Une loi du 12 juillet 1937 complète celle du 20 août

1. Ripert, *Chron.*, « Le droit de ne pas payer ses dettes », D.H., 1936.

2. Ripert, *Chronique citée*.

1936 : elle vise également le règlement des dettes agricoles. Elle comporte l'organisation d'une procédure d'actions de délais dont bénéficient même « les débiteurs « ayant déjà utilisé la procédure de la loi du 20 août 1936 ».

Aux termes d'un décret-loi du 25 août 1937 : « A titre « provisoire et pendant une année à dater de la promul-
« gation du présent décret, tout débiteur qui a déjà
« obtenu en vertu de l'article 1244 du Code civil, des
« délais atteignant une année, peut obtenir le renouvelle-
« ment de ces délais pour une période qui ne pourra
« excéder un an ».

Bien que, à cause de leur nombre, nous n'ayons pu procéder que par énumération, une conclusion, bien nette, se dégage de ces lois : l'acquisition pour les Français d'un nouveau droit : celui « de ne pas payer ses dettes ».

CHAPITRE III

LE RÉGIME DES RÉVISIONS

Les prorogations, pas plus que la résolution, ne constituent une bonne solution en matière d'imprévision. Le mode-type de l'application de l'imprévision est la révision. Plus grave que la simple prolongation, plus attentatoire à la volonté des parties, la révision, en permettant une répartition sur les deux parties de ce que le Conseil d'Etat appelle la charge extra-contractuelle, est peut-être plus conforme à l'équité. La résolution [rejette tout le préjudice sur le créancier et la prorogation avantage nettement le débiteur.

La révision, pour laquelle aucun texte du Code civil n'offrait de modèle au législateur, est le procédé qui tend à se généraliser de l'application de la théorie de l'imprévision. C'est ainsi que nous avons vu les surarbitres reviser les salaires. De même, on sait que le Conseil d'Etat n'accorde une indemnité, pour charge extracontractuelle que si les parties ne peuvent s'accorder et, au surplus, le paiement de l'indemnité pour charge extracontractuelle n'est-elle pas, pour le passé seulement, une révision déguisée ?

I. — *Les baux à loyer et les baux à ferme*

La révision des baux à longue durée, écrit M. Perreau ¹, constitue ... « une application législative faite à la matière du louage, de la théorie de l'imprévision ».

La loi du 6 juillet 1925 applique à tous les baux à loyer, quelle que soit la nature de l'usage auquel est affecté l'immeuble, pourvu que les baux aient pris cours avant le 4 octobre 1919 et pourvu qu'il s'agisse de baux de plus de 9 années, une majoration calculée en prenant pour base la valeur locative au 1^{er} août 1914 : elle est majorée à raison de divers éléments (augmentation des impôts, du coût d'entretien).

La loi du 9 juillet a apporté une réforme similaire dans les baux à ferme. Les baux à ferme sont « les baux des « héritages ruraux affectés à la culture et à l'élevage ». L'application de la loi a été étendue à d'autres sortes d'exploitation (mines, cultures maraîchères). Il s'agit comme dans la loi du 6 juillet 1925 de baux d'une durée d'au moins neuf années. Il suffit qu'ils aient été conclus avant le 1^{er} janvier 1924.

Ces deux lois avaient pour objet d'adapter les anciens prix à la nouvelle valeur de la monnaie, le franc ayant perdu les 4/5 de ce qu'il valait au moment où les baux avaient été conclus. La réforme était particulièrement justifiée en ce qui concerne les baux à ferme. D'abord parce qu'ils sont en général d'une très longue durée. Ensuite parce que la dépréciation monétaire a entraîné une hausse considérable des denrées agricoles et que les fermiers s'enrichissaient ainsi hors de toute mesure et de toute prévision.

1. Pour les détails V. Perreau dans Planiol et Ripert, t. X, N° 485, p. 565.

Mais il était très dangereux pour le législateur de commencer à adapter les contrats aux mouvements des prix : cela l'entraîna à prendre quelques années après de nouvelles mesures, en sens contraire. Le législateur ainsi transformé en expert économique n'est malheureusement pas infaillible et les lois qui survinrent ultérieurement s'appuyèrent sur des motifs beaucoup moins sérieux que ceux sur lesquels s'appuyaient les lois de 1925 et de 1927.

Il en est ainsi des lois du 8 avril 1933 autorisant au profit du fermier la réduction des prix des baux à ferme et du 12 juillet 1933 ayant pour objet de permettre aux commerçants, industriels et artisans d'introduire une action en révision du prix de leur loyer, en vue d'obtenir une réduction pour les baux antérieurs au 1^{er} juillet 1932 (Cette loi est d'ailleurs à double action et peut jouer également au profit des propriétaires).

Ainsi 7 et 5 ans après les lois de 1925 et de 1927, le législateur intervenait de nouveau et dans un sens diamétralement contraire à celui dans lequel il était intervenu la première fois. Après avoir favorisé les propriétaires, il favorisait les locataires. « Pour justifier (les nouvelles « mesures) leurs promoteurs ont invoqué la durée et la « gravité de la crise économique qui, en abaissant les « prix de vente de denrées agricoles et en ralentissant « les transactions commerciales ont durement atteint « les fermiers et les commerçants et rendu difficile pour « eux le paiement de leurs fermages ou loyers. Mais en « vérité ceux qui ont obtenu ces mesures étaient avant « tout les victimes de leur imprévoyance ou de leur « légèreté. Quelques uns même ne pouvaient pas faire « valoir cette excuse car ayant signé des baux au cours

« des années 1930 à 1932, c'est-à-dire en pleine période
« de dépression des affaires, on ne voit pas de quoi ils
« se plaindraient »¹.

Mais la crise continua à s'aggraver. Elle nécessita en 1935 une politique de déflation et des mesures générales cette fois viennent faire baisser les prix. Ce sont les fameux décrets-lois Laval.

Interviennent donc : le décret-loi du 16 juillet 1935 portant réduction de 10 % des loyers ; le décret-loi du 8 août 1935 portant application de la procédure à suivre pour la réduction du prix des baux commerciaux et industriels, le décret-loi du 8 août 1935 portant réduction de 10 % du montant des loyers à ferme.

Mais à cette politique qui, par la déflation, c'est-à-dire par des mesures d'économie prétendait résoudre la crise en succéda une autre diamétralement opposée, et qui, devant ce même problème de crise, appliqua des remèdes contraires. Et à la fin de l'année 1937, devant la hausse générale du prix de la vie, le législateur dût adapter les loyers au nouvel état de choses : la loi du 31 décembre 1937² dans son article 14 déclare : « Sont également
« abrogés l'article 1^{er} du décret du 10 juillet 1935 portant
« réduction de 10 % des loyers et les articles 1^{er} et 2 du
« décret du 30 octobre 1935 relatif à la législation sur les
« loyers fixant notamment pour l'application de la
« réduction de 10 % le montant forfaitaire des charges
« non déterminées dans le bail ».

La même loi accorde d'ailleurs de nouvelles prorogations (art. 1^{er}, 2). Dans son article 8 modifiant l'article 11 de la loi du 1^{er} avril 1926, elle vise certaines majo-

1. Capitant, D.H., 1934, *Chronique*, p. 1.

2. V. *Revue des loyers*, N° de janvier-février 1938 contenant un « Commentaire de la loi du 31 décembre 1937 ».

rations jusqu'à la fin des prorogations prévues à son article 2.

II. — *Législation spéciale sur les fonds de commerce : lésion et imprévision*

La matière des fonds de commerce a été régie par une série de lois spéciales. Cette législation lui a appliqué comme à la matière des baux à ferme ou à loyer à la fois des délais et des révisions de prix, mais dans des formes si particulières et en apportant dans notre droit de telles innovations qu'elle mérite une étude spéciale.

L'histoire de cette législation commence à la loi du 5 juillet 1933. Avant cette loi, il était impossible au juge d'accorder des délais d'usage ou de grâce pour le paiement des effets de commerce et des billets à ordre. La loi de juillet 1933 décida que pour les billets souscrits avant le 1^{er} juillet 1932, le juge pourrait accorder un délai de grâce. La loi du 26 février 1934 a complété la précédente : elle est applicable à tous les billets de fonds venus à échéance avant sa promulgation. La loi du 19 mai 1934 étendit le bénéfice des lois précédentes à tous les débiteurs et vise le cas où les billets ne sont plus entre les mains du vendeur. Ces différentes lois étant temporaires, une loi du 6 juillet 1934 est venue proroger leur application.

Jusqu'ici la législation en matière de fonds de commerce ne différait pas sensiblement de la législation en matière de prorogation de délais.

Il en fut autrement à partir de la fameuse loi, dite loi Lamoureux, du 29 juin 1935 (modifiée par la loi du 9 janv. 1936).

Elle contient, en premier lieu, un moratoire judiciaire

général pour tous les débiteurs du prix de vente de fonds de commerce ; deuxièmement la possibilité pour le juge d'accorder une remise des intérêts dus. Ces mesures sont, on le voit, extrêmement attentatoires à la volonté des parties.

Mais la disposition la plus célèbre et aussi la plus dérogatoire au droit commun, de la loi du 29 juin 1935, c'est la possibilité pour les acquéreurs d'un fonds de commerce d'obtenir une réduction de leur prix de vente pour cause de lésion.

Invoquer la notion de la lésion pour faire réduire le prix d'achat, c'est là quelque chose qui bouleverse les notions de droit les plus élémentaires et toujours admises jusque là.

On sait que la conception de la lésion dans notre Code civil est celle de la lésion, vice du consentement, la lésion étant le fait révélateur du vice. Pour que l'une des parties ait accepté des conditions aussi désastreuses pour elle, il faut que son consentement n'ait pas été libre. Il y a là, d'après M. Ripert, l'admission de l'idée moderne, de l'idée démocratique de la protection des plus faibles dans les contrats.

La loi du 29 juillet 1935 prend en considération la lésion de l'acheteur et non comme dans les autres lois déjà existantes sur la lésion, celle du vendeur. Or, il est impossible de concevoir qu'un individu soit contraint d'acheter à des conditions désastreuses, alors qu'au contraire, on peut être forcé de vendre à n'importe quel prix.

Admettre la réduction pour cause de lésion de l'acheteur, c'est donc repousser la notion de lésion vice du consentement.

Une seconde innovation consiste dans l'admission de l'action en réduction pour cause de lésion en matière de commerce. Il est cependant contraire à la nature du commerce d'essayer d'y faire régner une stricte justice. Le commerce, c'est la lutte des intérêts. Les commerçants ne sont animés que de pensées de spéculation. Il est donc normal de laisser les commerçants se défendre eux-mêmes les uns contre les autres. Ainsi le veut le principe de libre concurrence.

Ce que nous trouvons en réalité dans la loi du 29 juin 1935, c'est la théorie de l'imprévision.

En effet, le but du législateur de la loi de 1935, c'est d'obtenir l'équivalence objective des prestations. Or c'est bien le résultat obtenu par l'application de la théorie de l'imprévision d'empêcher que l'un des contractants ne s'enrichisse aux dépens de l'autre et d'aider le débiteur en difficulté.

Evidemment le législateur a employé un moyen assez détourné. On sait qu'il admet la réduction du prix quand la lésion est de plus de 33 %.

Cette lésion est calculée d'une façon qui semble nous éloigner à première vue de la théorie de l'imprévision. La lésion se calcule sur le prix des éléments incorporels du fonds. « Pour apprécier cette valeur réelle (des éléments « incorporels) le juge, nous dit la loi, tiendra compte du « prix moyennant lequel le vendeur avait lui-même acquis « le fonds si cette acquisition était antérieure de moins de « trois ans et dans tous les cas, du chiffre d'affaires et des « bénéfices réalisés dans les trois années précédant celle de « la vente, ainsi que de tous les éléments propres à justifier de la plus-value ou de la moins-value du fonds « à la date de la vente ».

Il semble qu'il s'agisse bien de lésion et non d'imprévision puisque la lésion de 33 % doit être contemporaine de la vente, alors que le propre de l'imprévision est de se manifester seulement au moment de l'exécution du contrat.

Mais si l'on va au fond des choses, on doit constater avec M. Ripert qu'il s'agit « d'une véritable hypocrisie législative ». L'idée qui a inspiré le législateur, c'est que l'acquéreur s'est trompé dans ses prévisions ; il espérait faire de beaux bénéfices, mais la situation économique s'est trouvée modifiée et les résultats de l'exploitation ont été loin d'être ceux escomptés par l'acheteur.

Et cela c'est bien la théorie de l'imprévision.

Les acquéreurs de fonds de commerce obtiendront par le procédé indirect que leur offre la loi une véritable revision de leur prix d'achat. Il est en effet difficile d'apprécier les éléments incorporels. Il sera toujours facile à un acquéreur n'ayant pu faire les bénéfices qu'il espérait de dire que le prix d'achat a été exagéré.

Ainsi la loi du 17 juillet 1937 modifiant la loi du 29 juin 1935 et elle-même modifiée par le décret du 25 août 1937 a-t-elle abandonné la méthode indirecte et elle accorde nettement une réduction sur les termes en capital et intérêts venus à échéance avant sa promulgation.

La loi s'exprime ainsi :

« Le pourcentage de la réduction est en principe égal
« au pourcentage de la diminution des recettes brutes
« d'exploitation de l'exercice 1936 par rapport aux re-
« cettes brutes d'exploitation de la première année qui
« a suivi la vente, si celle-ci a eu lieu avant le 1^{er} jan-
« vier 1935 ; si la vente est postérieure à cette dernière

« date, le pourcentage de remise est en principe égal au
« pourcentage de la diminution accusée par les recettes
« brutes d'exploitation des six derniers mois à l'égard
« des recettes brutes d'exploitation des six derniers mois
« de l'année 1936 ».

Ainsi l'acquéreur d'un fonds qui ne fait pas les bénéfices qu'il avait escomptés au moment de son achat pourra obtenir une réduction. Ici, c'est nettement la théorie de l'imprévision qui apparaît, non dissimulée cette fois sous le voile d'une prétendue lésion.

CHAPITRE IV

APPRÉCIATION DE L'APPLICATION LÉGISLATIVE DE L'IMPRÉVISION EN DROIT PRIVÉ

I. — *Révision par le juge ou révision par le législateur ?*

« La principale question qui se pose (en matière d'im-
« prévision) écrit M. Niboyet est celle de savoir si la
« revision des contrats par le juge doit être admise d'après
« les principes généraux du droit ou si elle doit être li-
« mitée aux hypothèses où le législateur croit devoir
« intervenir ».

D'après l'exposé que nous venons de faire, on peut constater que le droit français a opté pour l'intervention du législateur.

Cette solution découlait nécessairement de l'attitude du juge judiciaire qui refusa d'examiner si des principes généraux du droit ne découlait pas la théorie de l'imprévision.

Reste à savoir, d'ailleurs, si de l'admission par le juge, au nom des principes généraux, de la théorie de l'imprévision il ne serait pas résulté une grave dérogation au principe de la séparation des compétences. « Le juge n'est
« pas fait pour créer du droit nouveau, il est fait pour
« interpréter le droit, pour servir la loi. Or le jour où vous

« développez ce pouvoir, vous faites sortir le juge de ce
« pourquoi il a été fait » ¹.

La question se pose d'ailleurs d'une façon tout à fait différente en droit administratif et en droit ouvrier. Il a toujours été admis dans notre droit que la jurisprudence administrative était une jurisprudence prétorienne et avait le pouvoir de créer du droit. « Le Conseil d'Etat, « par une série d'arrêts récents... a admis que le juge en « cas de désaccord des parties contractantes sur la confec-
« tion du contrat ou sur sa révision, pouvait donner lui-
« même les bases de la révision » ².

De même « les magistrats du travail », cela résulte des termes mêmes de leurs sentences, se seraient certainement accordé, même en dehors d'un texte, ce pouvoir de révision.

Mais il n'en est pas moins certain que le juge judiciaire en s'accordant ce pouvoir aurait contrevenu, non seulement aux textes du Code civil, mais à son esprit même et à tous les principes du XIX^e siècle.

Cependant le juge en s'accordant le pouvoir de révision aurait obtenu des résultats pratiques infiniment meilleurs que ceux qui ont été obtenus par l'intervention du législateur. La justice n'a des chances de se réaliser que par des décisions particulières. Une loi englobant dans un texte unique toute une catégorie de débiteurs fait bénéficier, à côté d'individus intéressants, beaucoup d'autres qui ne le sont pas du tout.

1. Cassin, Intervention à la *Semaine internationale de droit*, p. 212.

2. *Idem*, Intervention de M. Reinach, p. 208. Dans le même sens, une note de M. Jean L'Huillier, dans la *Revue générale de l'électricité*, 1937, 1^{er} semestre n° 17, t. XLI. Conseil d'Etat, 6 décembre 1935, *Rec.*, p. 1148, et 23 mai 1936, *Rec.*, p. 591.

La législation de l'imprévision justifiée à ses débuts par les besoins du pays devant l'ennemi a perdu peu à peu son caractère de nécessité. Au lieu d'enrayer les crises, il semble qu'elle les ait aggravées. Le législateur n'est pas, ou ne s'est pas montré, un excellent expert économique.

II. — *La législation de l'imprévision a été une législation de classe*

Le caractère le plus néfaste de toute la législation que nous venons d'analyser est d'avoir été une législation de classe. Ce sont les classes qui ont su se défendre et se grouper qui ont obtenu des lois élaborées pour leur intérêt personnel.

C'est pourquoi la législation de l'imprévision a été à peu près unilatérale, elle a pour ainsi dire fonctionné uniquement au profit des débiteurs, les créanciers ont été à peu près spoliés.

On a vu qu'aussitôt après la guerre, le législateur, après avoir accordé des délais et des prorogations aux débiteurs avait dû, devant la dépréciation monétaire, accorder aux propriétaires des majorations de prix. Ce fut la seule intervention en faveur des créanciers et des propriétaires. Quelques années après, le législateur permit aux fermiers et aux locataires de demander des révisions de leurs baux et fermages.

Et cependant, les créanciers ont subi bien d'autres dévaluations. Et rien n'est venu revaloriser leur créance, solution d'ailleurs impossible puisqu'elle aurait rendu sans objet la dévaluation. Tout ce que l'on permet, — nous le verrons, — aux malheureux créanciers, c'est de mettre dans leurs contrats des clauses pouvant parer,

dans une certaine mesure, au danger d'une dévaluation ou d'une dépréciation monétaire.

Alors que le juge administratif avait admis que la nature synallagmatique des contrats où l'imprévision est appelée à jouer, exigeait la réciprocité de l'imprévision, on peut dire que la législation de l'imprévision en droit privé, l'a fait jouer constamment d'une manière unilatérale.

C'est assez dire que l'imprévision, loin d'être une théorie d'équité, s'est manifesté en droit privé comme un instrument de la lutte des classes et qu'elle n'a sans doute pas beaucoup servi l'intérêt général.

III. — *Ce qui aurait été sans doute la meilleure solution*

Puisqu'il était impossible de résister au courant d'opinion qui exigeait l'application de la théorie de l'imprévision, il semble que la meilleure solution, devant, d'une part le refus du juge et d'autre part le caractère fractionné et politique de la législation, aurait été d'accorder, par un texte général et dans des termes restrictifs, un pouvoir de révision au juge.

C'est la solution qu'ont adoptée, nous le verrons, certains pays et que préconisait en 1935 M. Ripert. M. Ripert, dans son livre sur la *Règle morale*, proposait la formule suivante :

« Le juge peut ordonner la résolution ou la révision
« du contrat primitif lorsque, par suite de circonstances
« qui ne pouvaient être prévues, le débiteur souffrirait
« un préjudice considérable et le créancier retirerait un
« profit injuste d'un contrat qui n'a pas été inspiré par
« un but de spéculation ».

On voit que cette formule sanctionnerait d'une façon

définitive la non-réciprocité de l'imprévision en droit privé.

Cette formule, M. Ripert lui-même, ne la proposait, somme toute que comme un pis aller. Il s'est montré par ailleurs un adversaire résolu de la révision et notamment dans ses conclusions à la Semaine internationale de droit, il exprimait les craintes que lui inspirait un pouvoir de révision accordé aux tribunaux.

L'adage : « Dieu nous garde de l'équité du Parlement » est toujours exact. L'expérience nous permet aujourd'hui d'ajouter : «... et de celle du législateur ».

CONCLUSION

LA TRANSFORMATION DES PRINCIPES DU DROIT DES CONTRATS

La caractéristique de l'évolution du droit, surtout depuis la guerre, c'est la domination, de plus en plus lourde, de la vie économique sur les principes juridiques. Aussi, d'après M. Josserand ¹, notre droit « accède-t-il au « troisième stade de ses destinées millénaires, après l'ère « religieuse, la période morale : après celle-ci, le stade « économique ».

Alors que dans notre ancien droit, les institutions les plus fécondes au point de vue économique comme le prêt d'intérêt, se trouvaient interdites à cause de leur immoralité, de nos jours, au contraire, les nécessités impérieuses de « l'économique » font reculer les principes les mieux établis.

L'instabilité de l'économie nationale a entraîné irrésistiblement l'instabilité des contrats. La sécurité relative des affaires, au XIX^e siècle avait concordé avec le régime du Code civil ; les bouleversements causés par la guerre devaient faire éclater le cadre strict des règles qu'il avait établies.

1. « Un ordre juridique nouveau », *Chron. D.H.*, 1937, p. 42 et suiv.

C'est pourquoi aucune considération éthique ou juridique ne pouvait prévaloir contre la théorie de l'imprévision. Elle a trouvé des applications, sous des noms différents, avec des techniques variées dans tout l'ensemble du droit français, et elle s'est généralisée dans l'espace, tous les pays que la Grande guerre a atteints se sont vus obligés de l'introduire.

Parallèlement à la théorie de l'imprévision se développe une institution que nous appellerons « la prévision de l'imprévision » et qui consiste à introduire dans les contrats des clauses, destinées par avance à parer aux bouleversements économiques et surtout à y adapter les conditions d'exécution des obligations des parties.

CHAPITRE PREMIER

LA GÉNÉRALISATION DANS L'ESPACE DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

Nous adopterons, pour une rapide étude du droit comparé la distinction faite par M. Niboyet¹, entre, d'une part les pays latins et d'autre part ceux qui ont appliqué nettement la théorie de l'imprévision.

En principe, les Latins sont attachés à la foi des contrats. Nous avons vu cependant ce qui restait en France d'un tel principe. En Italie² où la règle « *pacta sunt servanda* » (art. 1123 du C. civ. italien) est encore en principe le fondement du droit, on comprend à quel point l'intervention du régime corporatif peut être de nature à entraîner la flexibilité des contrats au gré des besoins économiques de l'Etat.

Au contraire des Etats latins qui sont en principe adversaires de la théorie de l'imprévision (voir le rapport de M. Choucri-Cardahi : Liban et Syrie) les autres pays sont plus nettement partisans de son introduction.

En Angleterre (rapport de M. Gutteridge) l'introduction de l'imprévision a été le résultat d'une évolution de la jurisprudence : « La common law n'a jamais essayé « d'atténuer la rigueur de la situation d'un contractant

1. Rapport cité.

2. Rapport de M. Montel, *Travaux de la Semaine internationale de droit*, p. 73.

« obligé de satisfaire une obligation qui est devenue, par suite d'obstacles postérieurs au contrat, onéreuse ».

La théorie de l'imprévision a été introduite par le juge anglais « par un mensonge pieux » auquel s'est refusé le juge français : la prétendue existence dans les contrats d'une convention tacite. Ce fut la solution adoptée par le juge dans la célèbre affaire des places du couronnement (coronation not cases) : des débiteurs refusaient de payer leur place, le cortège s'étant trouvé retardé par suite d'une maladie du roi Edouard VII. Cette jurisprudence s'est développée pendant la guerre et l'on peut « élaborer une synthèse de la jurisprudence anglaise sur l'imprévision : l'inexécution est permise dans les contrats de corps certains si l'objet a été détruit après la conclusion du contrat (théorie de la frustration). L'inexécution sera admise également s'il est démontré que les parties ont contracté en vue du maintien d'un état de choses envisagé par elles lors de la conclusion du contrat et si cet état de choses envisagé vient à prendre fin ».

La théorie anglaise se résume en somme à l'application de la clause *rebus sic stantibus*. Nous avons dit combien cette clause était artificielle. M. Gutteridge le reconnaît d'ailleurs. Ajoutons qu'en Angleterre comme en France, une série de lois sur les loyers est venue essayer d'enrayer la crise du logement causée par la guerre.

Les pays continentaux non latins admettent, eux, beaucoup plus franchement la théorie de l'imprévision.

En Allemagne, c'est devant la chute rapide du mark, que le juge fut obligé au nom de la bonne foi de réviser les contrats (Rapport de M. Volkmar) : « Le tribunal d'Empire s'est référé en effet aux dispositions des articles 242 et 325 du B.G.B. Il a exposé ce qui suit : aux

« termes de l'article 243 la bonne foi doit présider à l'exécution des obligations du débiteur ; en revanche, la même bonne foi doit régir le droit à exécution du créancier... ».

L'imprévision admise d'abord au profit du créancier, le fut ensuite au profit du débiteur par une autre décision du tribunal d'Empire, sur la question de savoir si un contrat conclu en mai 1919 ayant pour objet l'acquisition d'un fonds de commerce devait être exécuté en 1922.

Ce qu'il y a de tout à fait important dans la décision du juge allemand, c'est qu'il admet la réciprocité de l'imprévision, qui ne doit pas jouer seulement au profit de l'une des parties. Ce n'est en effet qu'à cette condition que l'on peut parler d'équité en matière d'imprévision.

Le juge allemand a donc été singulièrement plus audacieux que le juge anglais (et même que le législateur français). Surtout que la solution à laquelle il est arrivé est, non pas la résolution du contrat, mais bien sa révision. Le tribunal d'Empire a en effet admis que « si les parties continuaient l'exécution du contrat nonobstant la dévaluation, le juge aurait le droit de modifier les contre-prestations, compte tenu des circonstances nouvelles ».

En Hongrie¹ la jurisprudence, en matière d'imprévision, applique la clause *rebus sic stantibus*. Elle utilise également les notions d'abus de droit, et d'impossibilité économique.

Les paragraphes 36, 38 de la loi norvégienne sur les contrats donnent au juge des pouvoirs basés sur l'équité².

L'article 269 du Code polonais des obligations règle

1. Rapport de M. de Szladits, p. 57.

2. Rapport de M. Arnholm, p. 99.

l'influence du changement de circonstances sur les obligations en général, à condition qu'il s'agisse d'un événement extraordinaire, entraînant des difficultés excessives ou une possibilité de pertes exorbitantes pour le débiteur ou le créancier, et d'une nature telle que les parties n'aient pu le prévoir lors de la conclusion du contrat. On voit que la formule du Code polonais est assez voisine de celle proposée par M. Ripert (sauf en ce qui concerne le caractère de réciprocité reconnu par le Code polonais à la théorie de l'imprévision)¹.

En Suisse, le juge admit que « le principe de fidélité au contrat est dominé par le principe supérieur de la « bonne foi ». C'est au nom de la bonne foi que le juge suisse fut amené à tenir compte de l'imprévision².

Ainsi, dans tous les pays, le juge fut amené, à la suite des bouleversements économiques causés par la guerre, à faire une place, dans le droit des contrats, à la théorie de l'imprévision.

Il s'est accordé ce pouvoir, en considération, soit d'un soit de plusieurs des principes généraux du droit, dont nous avons montré, dans notre première partie, que pouvait découler une théorie de l'imprévision.

Dans quelques pays, ce droit lui a d'ailleurs été formellement reconnu par un texte (Pologne-Norvège). Dans d'autres³, le législateur, en Angleterre par exemple, a agi directement comme il l'a fait en France, par des textes spéciaux.

1. Rapport de M. Longchamp de Bérrier.

2. Rapport de M. Thilo.

3. Voir la thèse de M. Popescu, *La théorie de l'imprévision en droit comparé*, Paris, 1937.

CHAPITRE II

LA PRÉVISION DE L'IMPRÉVISION

L'instabilité politique et économique a conduit les parties contractantes à chercher à se prémunir, dès la conclusion des contrats, par des clauses appropriées, contre les risques éventuels des dépréciations monétaires ou de la hausse des prix.

C'est dans tout l'ensemble des relations contractuelles, en droit administratif, en droit ouvrier comme en droit privé que la pratique de clauses destinées à parer à l'imprévu s'est répandue.

Mais ces clauses ont un défaut très grave, parce que irrémédiable : leur caractère artificiel ; prévoir l'imprévision, tel est le but qu'ont eu les contractants en les introduisant, c'est-à-dire que les parties se heurtent là à une impossibilité et que ces clauses ne s'adapteront que très approximativement à la vie économique. La prétention de quelques unes de ces clauses est cependant de faire varier automatiquement les conditions d'exécution des contrats, à mesure des changements corrélatifs des conditions économiques !

C'est sous cette forme qu'en droit administratif, on trouve des clauses de prévision : on sait que depuis la guerre, la pratique administrative a utilisé pour la fixation des prix de l'énergie électrique ce qu'on appelle les

contrats indexés¹. C'est-à-dire des contrats comprenant deux éléments, un élément fixe ou tarif de base et un élément variable ou terme correctif dont la valeur est établie en fonction de nombres indices caractéristiques de la situation économique. Les index économiques sont calculés, en fonction de deux éléments qui sont respectivement le prix des charbons et le coût de la main-d'œuvre.

En matière de marchés, les cahiers des clauses et conditions générales contiennent souvent une clause dite : « de variation des prix ». C'est l'article 33 du cahier des clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées : l'article 33 indemnise l'entreprise de la moitié de la hausse si elle est comprise entre 1/10^e et 1/6^e et ne lui accorde, si l'augmentation dépasse ou atteint le 1/6^e que la résiliation avec une indemnité réduite à l'amortissement de certaines dépenses. L'article 51 du cahier des clauses et conditions générales des marchés de constructions militaires, l'article 33 du cahier de la marine et des chemins vicinaux contiennent des dispositions analogues.

Mais les contrats indexés comme les clauses des cahiers des charges et conditions générales de l'administration ne s'adaptent automatiquement que si l'amplitude des variations est faible. Nous avons dit que le gouvernement était intervenu pour adapter — d'ailleurs très arbitrairement — les prix de l'énergie électrique à la baisse des prix et les difficultés que la hausse des prix procure aujourd'hui à l'industrie électrique montrent bien que les index ne jouent que très approximativement. On sait également qu'en matière de marchés, les clauses des cahiers de l'administration se sont trouvées dépassées

1. V. Mestre et L'Huillier, *L'abaissement des prix de l'énergie électrique*. — V. Hyon, *La détermination administrative du prix de vente de l'énergie électrique*, thèse, Paris, 1937.

par la hausse des prix et que l'on dut recourir à la théorie de l'imprévision.

En droit ouvrier la question se pose d'une façon assez différente ; en effet, les syndicats patronaux ont toujours refusé de faire entrer dans les contrats collectifs de travail, une clause d'échelle mobile (c'est sous cette forme en effet que s'est manifestée, en droit ouvrier, la prévision de l'imprévision). Les syndicats patronaux soutiennent que l'introduction de la clause d'échelle mobile aurait les conséquences les plus désastreuses pour l'économie nationale, en faisant hausser d'une façon indéfinie le prix de la vie. C'est pourquoi le législateur est intervenu par la loi du 24 mars 1938 qui permet aux surarbitres de réviser les salaires dès que s'est produit, par rapport aux indices des prix, une hausse de 5 %. On sait que ce texte, d'allure transactionnelle contient par ailleurs des dispositions pour freiner, au besoin, la hausse des salaires.

La loi du 24 mars 1938 a rendu à peu près inutile l'introduction dans les contrats collectifs de travail, d'une clause d'échelle mobile.

En droit privé, la prévision de l'imprévision peut revêtir des formes multiples : elle a cherché à se manifester surtout sous une forme qui s'avérait singulièrement utile : celle de clauses destinées à parer aux dangers de la dépréciation monétaire, dans une matière où, nous l'avons dit, l'imprévision ne pouvait jamais venir réparer le dommage causé aux créanciers. Le droit de se prémunir contre la dépréciation a été reconnu aux créanciers par la Cour de cassation ¹... « Les parties peuvent, sans violer aucun

1. C. de Cass., Ch. civ., 23 janvier 1924, *Gaz. Pal.*, 1^{er} semestre, p. 455.

« principe de droit régler d'un commun accord les conditions de remboursement. Il appartient au créancier de stipuler les garanties nécessaires à la sûreté de sa créance et notamment d'éviter, par des clauses appropriées, le préjudice qui pourrait résulter pour lui de la dépréciation éventuelle de la monnaie indiquée pour le paiement ». Après que, en principe, le droit du créancier eût été reconnu, la plupart des clauses qui lui auraient permis de se garantir utilement ont été interdites et là encore, la prévision de l'imprévision s'est trouvée déficiente.

La prévision de l'imprévision, parfaitement correcte au point de vue juridique puisqu'elle consiste en l'introduction d'un commun accord par les parties de clauses dans les contrats, n'a pas eu, on le voit, d'excellents résultats. Elle ne pourrait en avoir que dans une période relativement stable. Elle comporte au point de vue économique, un risque : celui d'aggraver les crises ; il est certain qu'une clause d'échelle mobile des salaires peut contribuer singulièrement à la hausse générale des prix.

La généralisation, dans tous les contrats de clauses à l'effet de les faire varier avec la vie économique jointe à la probabilité d'une révision par le juge au cas où ces clauses s'avèrent insuffisantes, est l'indice d'une profonde transformation des principes qui nous régissent.

CHAPITRE III

LES TRANSFORMATIONS DES PRINCIPES DU DROIT DES CONTRATS

L'affaiblissement de la notion de risque

Dans la conception juridique du contrat au **xix^e** siècle, les deux parties, placées l'une en face de l'autre à égalité, donnaient par l'accord de leur volonté force de loi aux obligations auxquelles l'une et l'autre se soumettaient. Ces deux parties avaient des intérêts opposés et chacune d'elles cherchait à tirer de la convention le maximum de profit personnel. L'intérêt était considéré comme le meilleur stimulant des relations juridiques et la spéculation résultant du caractère aléatoire inhérent à la nature de tout contrat à terme plus ou moins long paraissait, avec le principe de libre concurrence, le fondement même du commerce.

Cette notion du risque est aujourd'hui complètement transformée et par la théorie de l'imprévision et par l'habitude des clauses, destinées à parer à l'imprévu ; d'après la théorie de l'imprévision, il est injuste qu'un créancier s'enrichisse tandis que le débiteur est accablé sous le poids de ses obligations ; il résultera de l'application de la théorie de l'imprévision un nivellement de leur situation respective, on viendra en aide au débiteur, on empêchera le créancier de faire des bénéfices importants.

La prévision de l'imprévision est, elle aussi destructive de la notion de risque. Les parties savent d'avance la répercussion que les événements économiques pourront avoir sur leurs obligations respectives.

*Le dirigisme contractuel*¹

Le phénomène que nous venons de souligner est la résultante de la transformation des contrats, ce que M. Josserand appelle « le dirigisme ». Les pouvoirs publics, le juge lui-même, sont convaincus qu'à l'inverse de ce que l'on croyait au *xix^e* siècle les intérêts particuliers laissés à eux-mêmes ne concourent pas à l'intérêt général et que, par conséquent, il faut agir sur eux pour les forcer à s'harmoniser avec les besoins de l'Etat. Nous avons dit comment cette action du juge et du législateur s'était manifestée en France.

De même de nouvelles formes de contrats se sont substituées aux anciennes : un contrat où les deux parties intéressées ont la liberté de discuter les clauses du contrat avant de le conclure, est l'exception. Aujourd'hui, il y a des contrats d'adhésion où les parties ou l'une d'elles ont le choix entre l'abstention et l'adoption en bloc des clauses. Quant au contrat collectif « qui lie des groupes entiers indépendamment des consentements individuels de ceux qui les composent » nous avons vu que la qualification de contrat ne correspondait nullement à sa nature.

Résulte-t-il d'une telle transformation des principes comme le croient M. Ripert² et M. Morin³ l'affaiblis-

1. Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *Revue trimestrielle droit civil*, 1937, p. 1 à 31.

2. 1. Ripert, *op. cit.*

3. « Les relations du réel et des concepts », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1937, p. 554.

sement, la dégradation et la disparition même du concept de contrat ou en résulte-t-il au contraire, comme le croit M. Josserand, un essor à la fois quantitatif et qualitatif du contrat ?

Un fait pour nous est certain : le recul du principe de l'autonomie de la volonté et le développement corrélatif de la théorie de l'imprévision.

Vu, le Doyen,
Edgard ALLIX.

Vu, le Président de la Thèse,
CASSIN.

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris.
G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

RÉPERTOIRES DE JURISPRUDENCE :

Dalloz.

Sirey.

Gazette du Palais.

Dalloz hebdomadaire.

Recueil des arrêts du Conseil d'Etat.

DROIT PRIVÉ

TRAITÉS DE DROIT CIVIL :

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité de droit civil.*

COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français.*

DEMOGUE. — *Traité des obligations en général.*

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon.*

PLANIOI et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français.*

PLANIOI. — *Traité élémentaire de droit civil.*

CAPITANT. — *Note au Dalloz*, 1917-2-33.

— D.H., « Le régime de la violation des contrats », *Chron.*

— *De la cause dans les obligations.*

CASSIN. — « La cause des obligations », *Annales de droit commercial*, 1933.

DUGUIT. — *Les transformations du droit privé*, 1922.

JOSSEERAND. — *De l'esprit des droits et de leur relativité.*

— « Un ordre juridique nouveau », D.H. *Chron.*, p. 42.

— « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *Rev. trim. de droit civil*, 1937, p. 1.

MORIN. — « Les relations du réel et des concepts », *Rev. trim. de droit civil*, 1937, p. 554.

RIPERT. — « Le droit de ne pas payer ses dettes, D.H., *Chron.*, 1936, p. 57.

— *La règle morale dans les obligations*, 1935.

— *Le régime démocratique et le droit civil nouveau*, 1936.

WAHL. — *Note au Sirey*, 1916.1.17.

THÈSES :

BRUZIN. — *La notion d'imprévision*, Bordeaux, 1922.

FYOT. — *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision*, Dijon, 1921.

GORPHE. — *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928.

MAGNAN de BORNIER. — *Essai sur la théorie de l'imprévision*, Paris, 1924.

RADOUANT. — *Du cas fortuit*, Paris, 1920.

VOIRIN. — *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*.

Revue des loyers.

Revue trimestrielle de droit civil.

DROIT ADMINISTRATIF

OUVRAGES GÉNÉRAUX :

BERTHELÉMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*.

HAURIOU. — *Précis de droit administratif et de droit public*.

ROLLAND. — *Précis élémentaire de droit administratif*.

WALINE. — *Manuel élémentaire de droit administratif*.

ALIBERT. — *L'imprévision dans les concessions de service public*, 1924.

— Note au Sirey, 1929.3.113.

CLOSSET. — Note au D. 1927.3.17.

— D. 1927.3.17.

HAURIOU (Maurice). — Notes au S. 1916.3.17.

— S. 1920.3.25.

— S. 1923.3.33.

— « L'imprévision dans les contrats dominés par les institutions sociales », *Aux sources du droit*, 1933.

JÈZE. — « Théorie générale des contrats de l'Administration », *Rev. de droit public*, à partir de 1930 et spécialement *R.D.P.*, 1932, p. 244 à 311.

LABAUME et VALLA. — *Législation de l'électricité*, 1937.

MESTRE (A.). — Note au S. 34.3.17.

MESTRE (A.) et L'HUILLIER. — *L'abaissement des prix de l'énergie électrique*, Cahiers administratifs, 1935.

MONTMERLE. — *Révision des prix et résiliation des marchés de travaux publics et fournitures. Clauses contractuelles et théorie de l'imprévision. Le cahier de l'entreprise*, Paris, 1937.

LES CONCLUSIONS DE :

CHARDENET. — *R.D.P.* 1916, p. 210.

CORNEILLE. — *R.D.P.* 1918, p. 242.

— 1921, p. 73.

— 1921, p. 409.

JOSSE. — *R.D.P.* 1930, p. 722 et D. 1930.3.25.

LATOURNERIE. — *R.D.P.* 1928, p. 328.

RIBOULET. — *Rec.*, 1919, p. 570.

THÈSES :

COMTE. — *La concession de service public*, Paris, 1934.

DESJONQUIÈRES. — *L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat au sujet de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures*, Paris, 1926.

FOULON. — *Le caractère provisoire de la notion d'imprévision*, Paris, 1938.

RYON. — *La détermination administrative des prix de l'énergie électrique*, Paris, 1937.

JACQUEMARD. — *L'imprévision et la gestion des services concédés*, Alger, 1928.

JAMMES. — *La crise du prix de vente de l'énergie électrique*, Paris, 1924.

JEANNENEY. — *Essai sur les mouvements de prix*, Paris, 1937.

LAPEYRE. — *L'imprévision dans les marchés passés par les Sociétés de gaz et d'électricité*, Poitiers, 1923.

LOUVEAU. — *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, Rennes, 1920.

POPESCU. — *L'imprévision en droit comparé*.

ROUBIER. — *Influence des circonstances sur les contrats de droit public*, Paris, 1914.

SAINT-MARC. — *L'imprévision dans les contrats administratifs*, Paris, 1918

Annales du syndicat professionnel des entrepreneurs de travaux publics de France.

Revue des concessions.

Revue générale de l'électricité.

DROIT OUVRIER

CAPITANT et CUCHE. — *Précis de législation industrielle*.

SCELLE. — *Précis élémentaire de législation ouvrière*, 1927.

— *Le droit ouvrier*, Paris 1922.

THÈSES :

AUGIER. — *Arbitrage et surarbitrage dans les conflits collectifs de travail*, Paris, 1937.

NAST. — *Des conventions collectives relatives à l'organisation du travail*, Paris, 1907.

PETIT (Renée). — *Les conventions collectives de travail*, Paris, 1937.

PIROU. — *Les conceptions juridiques successives du contrat collectif de travail en France*, Rennes, 1907.

Rapport de M. LAROQUE au C.N.E.

Articles de Revues.

COSTE-FLORAL (A.). — « Contrat collectif. Loi du 24 juin 1936 », *Etudes*, 5 février 1937, p. 313.

PIC (P.). — « Autour de la loi du 24 juin 1936 », *Rev. pol. et parlem.*, 10 septembre 1936, p. 393.

Et surtout : *Journal officiel (Annexes)*.

3 septembre 1937, Sentences surarbitrales de 1 à 100.

3 février 1938, Sentences surarbitrales de 101 à 200.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIERE PARTIE

LE DROIT DES CONTRATS ET LA THEORIE DE L'IMPREVISION

<i>Chapitre I.</i> — Le problème	1
<i>Chapitre II.</i> — Solutions proposées	8
I. Solutions tirées de l'analyse de la volonté des parties ...	8
II. Solutions tirées de la nécessité du maintien de l'égalité économique entre les contractants	17
<i>Chapitre III.</i> — Le refus de la jurisprudence	29
<i>Chapitre IV.</i> — La théorie de l'imprévision contraire à la nature du contrat est-elle conforme à l'équité ?	34
I. Elle est contraire à la nature du contrat	34
II. La théorie de l'imprévision est-elle exigée par l'équité ..	37

DEUXIEME PARTIE

LES APPLICATIONS DE LA THEORIE

SECTION I

LES APPLICATIONS EN DROIT ADMINISTRATIF

43

<i>Chapitre I.</i> — L'arrêt Gaz de Bordeaux. — La notion de service public	43
<i>Chapitre II.</i> — Conditions requises pour l'application de la théorie de l'imprévision. — Le concessionnaire ne doit pas interrompre le service	48
<i>Chapitre III.</i> — Conditions requises (suite). Il faut un événement tout à fait indépendant de la volonté des parties	50
<i>Chapitre IV.</i> — Conditions requises (suite). — Caractère d'impré- vision de l'événement donnant lieu à l'application de la théorie ..	52
I. Imprécision du vocabulaire	53
II. L'imprévisibilité dans la théorie de la force majeure ...	53

III. Imprévisibilité. Imprévision. Imprévoyance	57
IV. La valeur de l'imprévision dans la théorie dite de l'imprévision est la même que celle de l'imprévisibilité dans la théorie de la force majeure	61
<i>Chapitre V.</i> — Conditions requises (suite). Le bouleversement de l'économie du contrat	66
<i>Chapitre VI.</i> — Evaluation de la charge extra-contractuelle	70
<i>Chapitre VII.</i> — Répartition	73
<i>Chapitre VIII.</i> — Généralisation de la théorie de l'imprévision	75
<i>Chapitre IX.</i> — La réciprocité de l'imprévision	80
<i>Chapitre X.</i> — L'arrêt Pechdo	86
<i>Chapitre XI.</i> — La baisse des prix et l'énergie électrique	90
<i>Chapitre XII.</i> — La hausse des prix et les entrepreneurs de marchés des Travaux publics	95
<i>Chapitre XIII.</i> — La déformation de la théorie de l'imprévision	99

SECTION II

LE DROIT OUVRIER. L'APPLICATION DE LA THÉORIE AUX CONVENTIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL	102
<i>Chapitre I.</i> — Par leur nature, les conventions collectives sont favorables à l'application de la théorie	102
<i>Chapitre II.</i> — Les textes introduisent la théorie de l'imprévision dans les conventions collectives	108
<i>Chapitre III.</i> — Le fondement de la théorie dans la jurisprudence des surarbitres	113
<i>Chapitre IV.</i> — A quelles conventions collectives les surarbitres appliquent la théorie ?	118

SECTION III

LE DROIT PRIVÉ ET LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION	127
<i>Chapitre I.</i> — La résolution	130
<i>Chapitre II.</i> — Le régime des suspensions et des prorogations	134
<i>Chapitre III.</i> — Le régime des révisions	140
I. Les baux à loyer et les baux à ferme	141
II. Législation spéciale sur les fonds de commerce. Lésion et imprévision	144
<i>Chapitre IV.</i> — Appréciation de l'application législative de l'imprévision en droit privé	149

I. Révision par le juge ou révision par le législateur	149
II. La législation de l'imprévision a été une législation de classe	151
III. Ce qui aurait été sans doute la meilleure solution	152

CONCLUSION

*LA TRANSFORMATION DES PRINCIPES DU DROIT
DES CONTRATS*

155

Chapitre I. — La généralisation dans l'espace

157

Chapitre II. — La prévision de l'imprévision

161

*Chapitre III. — Les transformations des principes du droit des
contrats*

165

